
3 1761 05979762 1

נאמנות וכדעת הרא"ש ז"ל וכדכתי', גם את זה מצאתי למוהר"א ששון סי' כ"ג הביא דברי הרש"ך שכתב דלענין נאמנות אף שלא נכתב כמי שנכתב דמי ולא חלק עליו בזה יש להוכיח דס"ל כן .

איברא דמשם אין הוכחה ליסבור כן לענין הלכה דאגב גררא הביאו ולא למסמך עליו לענין מעשה. דהלא מצאנו למוהרא"ש בסי' פ"ב העלה דכל שאין הנאמנות מפורש בין בכולו בין במקצתו מקילינן תרי קולי יע"ש, וא"כ מכ"ש כשלא נכתב הנאמנות כלל אין לדון בו כאלו נכתב, אך מאי דמספקא לי אם יסבור כן מוהרא"ש הוא היכא דנהוג הכל לכתוב נאמנות וזה לא כתבו דיש לומר מדלא פירש הנאמנות בשטר בין בכולו בין במקצתו כנהוג איכא למימר דלא האמינו אלא בכולו, אבל לא במקצתו דאין לדון בו כאלו נכתב, או איכא לספוקי. דהא דאין לדון בו כאלו נכתב הוא דלא נהגו לכתבו הא במקום דנהגו לכותבו ולא נכתב יש לדון כאלו נכתב ואין ולאו ורפיא בידי. ולפי דעתי יש לדון בנ"ד מההיא דהמקבל דבמקום שנהגו לכתוב נאמנות אף שלא נכתב הו"ל כאלו נכתב דהרי אפי' באיסור ערוה דממזרות ולא היה כתוב בכתובות אמותיהם של אלו הנאי בפירוש דלכשתכנסי לחופה התקדשי לי ואפי"ה הכשירן מכח מה שמצא כך מנהגא בכתובות הראשונים. כ"ש בממון הקל דכל שמנהג לכתוב נאמנות בשאר הכתובות; אף שבכתובה זו לא כתיב בה דמהני מכח מנהגא, גם מוהרש"ח בחיבורו לטור ח"מ סי' ס"א העלה דהריטב"א ורבינו האיי ז"ל לא איירי אלא כשאינו מנהג פשוט אבל אי איכא מנהג פשוט יודו לדברי הרא"ש ואעפ"י שלא נכתב כמי שנכתב דמי יע"ש. כ"ז ראיתי לתור בפרט זה אמנם אין בי כח למעשה לדון כן אחרי שרבו החולקים כאשר הביאם הרב המאסף בחיבורו לטח"מ סי' ס"א ס"ק ה' מוהראנ"ח ז"ל ומשפט צדק ח"ב ומוהרי"ט בשניות הח"מ סי' כ"ד ומוהרש"ח סי' ל"א ובחיבורו לב"י אות י"ט סי' ע"א הביא דגם מוהרא"ש נלוה אל כל הנז' יע"ש. גם מוהרש"ח בתשו' ח"ג סי' ס"ב העלה כן דגבי נאמנות לא אמרי' כמי שנכתב דמי יע"ש דף ל"ד.

אמור מעתה מי ישית ראשו לחלוק על ההרים הרמים לענין מעשה פן ירוצו את גלגולתו ואין הלכה כתלמיד במקום הרב עאכו"כ דרוב בנין ורוב מנין המה המורים איפכא ודאי דלהם אנו שומעין לענין מעשה, אכן לפי המוצג בשאלה שכל נכסי עזובנה הם בעין דמתה תוך שנה ראשונה לנשואיה ודאי דכל נדוניתה יורשיה נוטלין בלא שבועה. גם לענין המדודים שהכניסה לו ראה ראיתי למוהר"ר יחיאל באסאן בתשו' סי' ק"א בענין תקנת ההשבון כתב בסוף התשו' ז"ל וגר' דבכל הארצות האלו שהם שהחתן שולח לכלה חפצים ותכשיטי זהב ואבן יקרה כנגד המדודים שקבל א"כ הדעת מכרעת שהרי הם כשאר נכסי הנדוניא ואם החפצים בעין יחלוקו יע"ש, הנה מתוכו יש להוכיח לנ"ד שאם נהגו שם מנהג זה ששולח תכשיטין נגד המדודים שקבל אם הם בעין דינו כנדוניא ונוטלתן בלא שבועה וזה מסכים הולך למ"ש המבי"ט ח"א סי' ס"ט כנז"ל.

אך בענין ההוספת ומנה מאתים יש לדון לזכות יורשי האשה מטעם שמתו במגפה דליכא חשש דגררי כאשר כתבנו לעיל טעמי תריצי לזכותן, ואף אם תמצא לומר לס' הסוברים דחולי המגפה לא דמי למת פתאום מ"מ כיון דרובא דרבוותא סברי הכי איכא למימר תרי קולי לא עבדינן קולא דרב ושמואל דאין אדם מש"ל ולא כמאן דסבר דחולי המגפה לא הוי כמת פתאום לא עבדינן. ועוד קולא אחרת דנ"ד איש עני הוא ולומר דחיישינן לגררי לא עבדינן. כל כי הא איכא למימר דתרי קולי לא עבדינן וכמ"ש הרב ת"ה סי' ש"ל דבדבר מועט דחיינן הא דרב ושמואל דאין אדם מורים שבועה לבניו וכו'. ונסתייע עוד ממ"ש הרא"ש בתשו' דמוהר"ם היקל וכו' דלא שכיחי האידנא הטפסת גררי וכו' ולכך הוציא ממון אפי' מן היתומים במת פתאום וכתב טעמא לדבר משום דהאידנא הטפסת גררי לא שכיחי בלאו הכי לכך הוציא ממון אפי' בפלוגתא דרבוותא. ועפי"ז הסכים הוא בנ"ד מ"מ בטעם מועט דחיינן דאין אדם מורים שבועה לבניו כדאמר התם הבו דלא לוסיף עלה אלא מאי דדמיא לא ממש, וכ"כ הרשב"א. אמור מעתה דבנ"ד דרובא סברי דבמת במגפה ליכא למיחש לגררי וכטעמי תריצי דכתיבנא דבר פשוט דאמרינן תרי קולי לא עבדינן. כאשר מוהרא"ש העלה כן דבנ"ד קי"ל לדון כן דהרי קולי לא עבדינן. אלא שדחה זה מחמת שבשטר היה כתוב נאמנות כמש כאשר ירצה הרואה שם סי' פ"ב. אך בנ"ד דן אנכי הא דתרי קולי לא עבדינן מטעמי תריצי דכתיבנא, ובכן קם דינא יכולין יורשי האשה לזכות בכתובתה ואנש לא ימחא בידייהו. וצור ישראל יצילנו משגיאות, ויורנו מתורתו נפלאות, ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי כל עוד נפשי בי אף רוחי בקרבי כן יאמר ה' צור מחסי מבטן גוחי

ישראל מאיר בכר יוסף מזרחי.



ע"מ שלא ישמטנו שביעית אם לא נכתב הוי כנכתב הביא הרשב"א לדמותו להנהו דדרשי' לשון הדיוט, ושוב כתב וז"ל וכבר ידעת שכן היינו מסכימים בבית המדרש אלא שכל אותם תלויים בתנאי שבשעת מעשה וכו' עד אבל כאן שמיה בידיה שיכתוב פרוזבול וכו' הלכך דוקא במפרש אבל בסתמא לא ע"כ.

אמור מעתה לפי חילוקו זה גם בנאמנות שתלוי בתנאי בשעת מעשה שהרי אם לא התנה כן בשעת מעשה שוב אין לו תקנה כי ירא פן ימות ויצטרך לישבע שבועה אי לו או ליורשיו הילכך יש לדמותו להנהו דדרשינן לשון הדיוט וכיון שנהגו דייקינן שכל העושה סתם הרי הוא כמתנה בנאמנות בשעת מעשה ואפי' שלא נכתב כמי שנכתב דמי, אמור מעתה איך העלה רש"ח ז"ל בעד הרשב"א ז"ל דבנאמנות לאו כמי שנכתב דמי שהרי תשובה זו דסי' שי"ד מנגדתו דלפי חילוקו נפקא דגם בנאמנות ס"ל אפי' שלא נכתב כמי שנכתב דמי, ומכאן ראיה לדין מהרש"ך שהעלה דבנאמנות אפי' שלא נכתב כמי שנכתב דמי, גם הרב גד"ת שם העלה כן מתוך תשו' הרשב"א דסי' אלף ס"ח בתנאי השיור שהעלה דכיון שנהגו כן אף שלא נכתב כמי שנכתב דמי שזו מקיים פסק מוהרש"ך ז"ל.

אכן אך מה נענה ביום שידובר בנו מ"ש הר"ן ז"ל בפ' האשה שנפלו בשם הרשב"א ז"ל ואני למד מדברי מורי הרב ז"ל שכתב בבבא בתרא גבי כתבוה בשוקא דכיון שהכל מורגלין לכתוב כן בזמננו זה אינו צריך לומר כן בפירוש דאלו רצתה לכסותה היה מצוה שלא לכתבה בפרהסייא ושלא לכתוב בשטר כן שהרי הוא יודע שכך הם כותבין וכאלו צוה בפירוש כתבוה בשוקא הוא ואפשר לדון כאן כן. ונראין הדברים שהכל לפי ראות הדיינים שא"א לומר באשה שתדע בנוסח השטרות שכותבי השטרות מורגלים לכתוב ועד שיעידו שכך אמרה להם בפירוש לא קנה. נר' דכל שלא כתב כן בשטר לא אמרינן דהוי כמי שנכתב הגם שהורגלו בכך וכמו שהוכיח כן מוהרש"ח בס' ל"א דף ע' ע"א יע"ש, דנפקא מינה לנאמנות דהגם שהורגלו לכותבו לא אמרינן כמי שנכתב דמי, ומתוך זה הרואה יראה דברי הרשב"א הללו עם מה שכתב בתשו' הנז' דפלגן בהדיהו.

האמנם הנ"ל בזה דיש לחלק בין כתבוה בשוקא לנאמנות דבשלמא בענין כתבוה בשוקא שהוא לחזק גוף השטר בהא דוקא ס"ל להרשב"א דדוקא אם נכתב מהני אבל בלא נכתב לא אמרינן כמי שנכתב דמי דאדרבא שלא נכתב י"ל דהקפיד הנותן שלא לגלות המתנה ההיא משא"כ בענין תנאי הנאמנות שהדבר תלוי בתנאי בשעת מעשה כל כי הא כיון שהורגלו לכותבו הגם שלא נכתב כמי שנכתב דמי ודמי לכל הנהו תנאי דפ' המקבל דדרשי' לשון הדיוט והגם שלא נכתב כנכתב דמי וכאשר נתן טעם לשבח הרשב"א בח"ב סי' שי"ד כנז"ל, ונמצא לפום מאי דכתיבנא דגם הרשב"א אזיל ומודה לדברי הרא"ש ז"ל דבאתרא דנהיגי לכתוב נאמנות הגם דלא נכתב כנכתב דמי, ושני שרי צבאות ישר' הרשב"א והרא"ש מסכימין לדעת א' וכאשר הורה גבר מוהרש"ך ז"ל, ולפי האמור מ"ש מוהר"ש חיון שהגאון והרשב"א והריטב"א חולקים על הרא"ש, לפי קוצר עג"ד אחר המחילה רבה לא שלטו עיניו בתשו' הרשב"א שהבאתי אשר מוכיח מתוכם דגם בנאמנות אמרינן דבמקום דנהוג לכותבו אם לא נכתב אמרינן כמי שנכתב דמי וכדכתיבנא, וברי לי שאם היה רואה את דבריו מהדר הוה קא הדר ביה.

עוד ראיתי לש"ך בח"מ סי' ע"א ס"ק ל"ב כתב ז"ל דמ"ש מוהרש"ך דאעפ"י שלא נכתב כמי שנכתב דמי כיון שנוהגין לכתוב כן בכל השטרות היינו דוקא כשידוע שזה ידע מהמנהג. אבל אם לא ידע מהמנהג לא. וכ"כ הש"ך סוף סי' מ"ב ס"ק ל"ו בעד הרשב"א דמ"ש בתשו' אלף ס"ח דמה שהורגלו ההדיוטות אפי' אם לא נכתב כנכתב דמי היינו דוקא כשידוע שזה ידע שנהגו ההדיוטות לכתוב כן יע"ש דרך ארוכה, וכמו כן כתב הש"כ בסי' ס"א ס"ק י' וביה ישב דברי רב האי גאון אהדדי דמ"ש הנ"י בפ' המקבל ד"ב האי ס"ל דדרשינן לשון הדיוט היינו דוקא כשידוע שידע שההדיוטות נוהגין כן עכ"ל יע"ש באורך. והגם כי אין תלמיד מכריע מ"מ תורה היא וללמוד אני צריך דאפי' שנאמר כן בסברת רב האי גאון, מ"מ בדברי הרשב"א אי אפשר לומר כן דמיירי דוקא בדידע המנהג, דהרי עין רואה בס' תולדות אדם להרשב"א סי' רס"ח כתב ז"ל וכן אתה דן בכל מקום במה שנהגו בממונות ואפי' לא נהגו כן במקום אחר אתה נוהג כן במקומו כאלו הוא תנאי גמור וכו' ואפי' לא כתבו הרי הוא מן הסתם כאלו כתבו ודנין בו כאלו הוא תנאי ב"ד וכו' עד דתניא בריש פ' המקבל ר' מאיר היה דורש לשון הדיוט וכו' הלל היה דורש לשון הדיוט דתניא אנשי אלכסנדריא מקדשין ובשעת כניסתן לחופה באין אחרים וחוטפים אותם בקשו חכמים לעשות בניהם ממזרים אמר להם הלל הזקן הביאו לי כתובת אמכם הביאו לו כתובת אמן ומצא שכתוב בהן לכשתכנסי לחופה הוי לי לאנתו ולא עשו בניהם ממזרים. פי' לא כתובות אמותיהם של אלו הביאו לי אלא כתובת בני המדינה וכשראה כן הכשיר את אלו. ואעפ"י שלא קדשום הראשונים סתם. ואלו קדשום סתם שהמקדש סתם באותו מקום על סמך המנהג שנוהגין לקדש בתנאי זה קדש שלא תהא מקודשת לו עד שתכנס לו לחופה וכו' עד ואפי' שלא כתב ולא התנה הרי הוא כמתנה וכיתב וכדרך שאמרו בתנאי ב"ד ששתקו בכתובה לא כתב לה בנין נוקבין ולא כתב לה בנין דיכרין ולא כתב לה את תהא יתבא בביתי וכו' לפי שהוא תנאי ב"ד עכ"ל לעניננו, והרי ההיא דהלל ודאי דלא הוו ידעי מנהג זה דאי הוו ידעי מיד כשבקשו לעשות בניהם ממזרים היה להם להשיב שכך היה מנהגם שלא יהו מקודשות עד שיכנסו לחופה ובזה אין חשש ממזרות, וגם הלל והחכמים לא היו יודעין ממנהג זה שהרי היו רוצים לעשותם ממזרים וכשמצאו בכתובות הקודמות שהיה תנאי זה הכשירו אותם ואפילו שהראשונים קדשום בתנאי מפורש דלכשתכנסי לחופה והם קדשום סתם הכשירום מכל זה מוכח דהגם שהם לא ידעו האי מנהגא מ"מ כל שמצאו תנאי זה לכת הקודמים דנו בו להכשיר מטעם דכל המקדש סתם על סמך מנהג שנוהגין לקדש בתנאי זה קידש ואפי' דאינהו לא ידעי מזה כלל ולא היה כתוב כן בכתובתן הכשירום מכח מנהג. הרי מכאן ראיה הפך ממ"ש הש"ך בעד הרשב"א גם ממה שדימהו לההיא דתנאי ב"ד דהתם אפי' שלא נכתב כלל ולא ידע מזה כלל ואפ"ה אמרינן חייב משום תנאי ב"ד ואפי' דהוא לא ידע מתנאי ב"ד חייב בכל תנאי כתובה ומדדימהו לההיא דתנאי ב"ד מוכרח דס"ל דאף בדלא ידע כל דנהוג כן מיחייב דהו"ל כמי שנכתב. וזה הפך ממ"ש הש"ך. איברא דמההיא דהלל אין כ"כ קושי די"ל דלעולם הם היו יודעים מנהג זה ונהגו כן אבל הלל לא האמין אליהם שרצה לדעת אם היה מנהג קדום ביניהם וכשהביאו אליו הכתובות החזיק למנהגן והכשירם, וא"כ מצינו לומר דלעולם בעינן דידע, אבל ממה שדימהו לההיא דתנאי ב"ד משמע דלא בעינן דידע דהא בההיא דתנאי בית דין מי איכא למימר דבעי' דידע זה לא יעלה על הדעת, סוף דבר כי דברי הש"ך אחר המחילה רבה לא נתחוורו דבריו אצלי דא"א לדון כן בדעת הרשב"א.

והדרן למאי דאתינא עלה דמתוך דברי הרשב"א שכתבתי יש להוכיח דס"ל כדעת הרא"ש דבמקום שנהגו לכתוב כן אף אם לא נכתב כמי שנכתב דמי גם לענין נאמנות

הטעה עליו כשנפל למשכב ונתבלבלה דעתו עליו דודאי כל כי הא ליכא למיחש לגררי ואין עליה חיוב שבועה ויורשיה אחריה יורשין כתובתה בלי פקפוק. כל זה כתבתי לתור ולחפש בכ"ד אם לא היה כתוב בכתובתה נאמנות דיש כמה צדדין לזכות ליורשיה אחריה שאם יש נאמנות נוטלין היורשין כל כתובתה בלי שבועה דכיון שהיא נוטלת בלא שבועה אם מתה גם יורשיה נוטלין בלא שבועה כמ"ש מהרשד"ם בסי' קי"ו ובכמה מתשובתיו לא"ה ומוהר"א ששון סי' ק"ג והריב"ש סי' קס"ט ועיין בכנה"ג א"ה סי' ל"ו ובח"מ סי' ע"א בהגהת הטור אות כ"ה ובפרח מ"א ח"א סי' ל"ט וח"ב סי' ס"ה וע"ג שאפילו שכתוב בנאמנות וכו' העלה להקל וכהסכמת להקת הפוסקים שהביא יע"ש, וכ"כ הכנה"ג בח"מ בהגהת הטור אות כ"ו שאפי' שמוהרא"ב בתשו' כתב דבנאמנות וכו' לא דייני ליה כנאמנות מפורש אין דבריו עומדין בפני כל הני רבוותא שהזכרנו וכמה פעמים דנו ועשינו כן הלכה למעשה יע"ש.

ומעתה משפט נבחרה לנו לתור ולדעת בכתובות הנעשות ברודים אי כתבי בהו נאמנות או לא וחזיתיה למהריה דאתרא כמוהר"מ ישראל ז"ל בס' משאת משה חא"ה סי' י"ב דף קל"ה ע"ג ז"ל ומה גם כשנצרף נאמנות הכתוב בס' כתובתה דפסי' טובה דאין מידם מציל דאע"ג דבכתוב' שלנו לא ברירא לן אי קא' נאמנות איורשיו כמי דהא בנאמנות וכו' כתבי' ולדעת מוהרא"ב ז"ל לא דייני' ביה דין נאמנות מפורש הנה להקת הנביאים בהסכמה עלו דכל שכתוב בנאמנות וכו' בשטר כדין נאמנות מפורש דייני' ליה וכמ"ש להריא הרב המאסף בטח"מ סי' ע"א בהגהת הטור אות כ"ה יע"ש, עכ"ל.

עדותו של כמהר"מ יש' מהריה דאתרא יספיק לנו להודיע ולהשמיע מנהג העיר רודים יע"א דנהיגי לכתוב בכל הכתובות ובנאמנות וכו', עוד השמיענו כזאת בס' משאת משה חח"מ סי' ד' על עסקי מתנת אלמנה שהאפוטרו' היו טוענים כי יש לאל ידם לברר שנשבעה לשקר, והרב ז"ל בריש דבריו כתב דאין בטענתם ממש כיון דאיכא נאמנות מפורש בכתובה דאע"ג דכתבו הרא"ש והר"ן וכו' עד היינו בדלית ביה נאמנות דבדאיכא נאמנות כי הא דנ"ד אפי' מאה עדים מכחישים אותה נאמנת וכמו שמתבאר יפה מדברי הריב"ש בתשו' סי' ק"ח יע"ש. הרי השמיענו מתוך דבריו דנהוג ברודים לכתוב נאמנו' בכתובות, והגם שלא פורש בדבריו שהיה כתוב בכתובתה נאמנות מפורש. ולא ובנאמנות וכו' מ"מ משמע דאיכא כתובות דכתבי נאמנות מפורש ואיכא דכתבי בהו ובנאמנות וכו'.

ואל יקשה עליך דמאחר דכתובה ההיא היה כתוב נאמנות מפורש למה לא בא הרב הנז' בטרוניא דלא היה להם להשביעה מאחר דאיכא נאמנות מפורש ולמה נרגש מההיא דכתבו הרא"ש והר"ן החשוד על השבועה וכו' וזה אינו יכול לישבע ופסיד וחילק בין איכא נאמנות לליכא נאמנות כמולג בדברי קדשו, טפי הול"ל דהואיל ואיכא נאמנות לא שייך ביה סרך דשבועה ושבועה בטעות היתה כי לא ידעו בירוש' אם היה כתוב נאמנות בכתובתה ולכן השביעוה אמנם בהגלות נגלות לפני כסא כבודו דהיה נאמנות אין צורך להשביעה כלל וכיון דסרך שבועה אין כאן לא שייך ביה ההיא דהחשוד על השבועה כלל ועיקר, הא ל"ק כלל דתשו' הריב"ש דסי' ק"ח שהביא הרב הנז' מיישב זה שכתב אם כתוב בכתובתה של זו נאמנות וכו' לעולם אין להשביעה ואעפ"י שנהגו להשביע אלמנה וכו' זהו לכתחלה לחוש לדברי הפוסקים דאין נאמנות מועיל לגבי יורשים ואפי' במפרש וכו' עד וכתב שאפי' היא חשודה על השבועה גובה ע"כ, והנה כי כן דברי הרב ברור מללו ואין בהם נפתל ועקש וזה ברור.

הדרן למאי דאתינא עלה שהרי גילה לנו הרב מהריה דאתרא הנז' דנהיגי לכתוב ובנאמנות וכו' והנה מלאכי אלקים להקת גביאים רוב בנין ורוב מנין בהסכמה עלו שדינו ככותב נאמנות מפורש ועולה על גביהן הוא מוהרשד"ם בא"ה סי' רי"ז הוסיף אומן ויפוי כח בכתוב ובנאמנות וכו' דמהני לכל מילי טפי עדיף מכותב נאמנות מפורש כאשר יראה הרואה לשם.

אבן אשר נילב לקראתנו בנ"ד דלא כתיב בס' כתובתה נאמנות כלל הגם דנהגו בשאר כתובות ושטרות לכתוב כן היכא דלא נכתב בספק הדבר תלוי ובשיקול הדעת להכריע כמאן הלכתא יען רואה אנכי בענין נאמנות שלא נכתב באתרא דנהוג למכתביה אלדי'ם אדירים ראיתי מערכה מול מערכה הללו מיימינים והללו משמאלים ולכן נטיתי ידי בקסת הסופר לדון לפניהם בקרקע להוציא לאור תורה כדברי המכריע וה' אלקים יעזור לי.

ראשון לציון עינינו הרואות למוהרש"ך בח"א סי' ק"ן כתב בענין נאמנות אעפ"י שלא נכתב כנכתב דמי דקי"ל כר' מאיר וכל הנהו תנאי דדרשי לשון הדיוט וכ"כ בח"ב סי' ל"ז וסי' רל"ו והביא ראיה מדברי הרא"ש שכתב דכל דבר שנהגו בני המדינה לכתוב הן נאמנות וכו' כל מי שמקנה דעתו שיכתבו כמנהג המדינה ואין צריך לפרש. נראה שרצה ללמוד מדברי הרא"ש דכי היכי דכי נכתב בסתמא אפי' בלא ציווי הלוה מהני מפני שנהגו כך דהו"ל כאלו ליה א"כ מהני המנהג דאפי' שלא נכתב הו"ל כאלו נכתב.

והנה ראיתי למוהרש"ח בתשו' סי' ל"ה כתב דאין מדברי הרא"ש ראיה דדוקא לענין ציווי הוא דכתב הרא"ש דיכולין לכותבו בלי ציווי מפני מקום שנהגו, אבל כל שלא נכתב לא אמרינן דהו"ל נכתב דאדרבא אמרינן ממה שלא נכתב ודאי ליוה הבעל שלא לכותבו. ובזה העלה ארוכה למה שתמה מרן על רבינו בטה"ע שבסי' ס"א הביא תשו' הרא"ש הנז'. ובסי' ע"א הביא תשו' הרב בעה"ת שהם הפך דברי הרא"ש. ומרן הב"י נדחק בזה ותי' שני תירוצין. ועל הב' תירוצין קרא תגר מוהרש"ם שם ולא ישרו בעיניו. ומתוך זה פנה לו לחלק החילוק הנז' להשוות דברי הטור אהדדי יע"ש. גם הרב גד"ת בשער כ"ו ח"ג הביא מוהרש"ך וחלק עליו ממ"ש מרן הב"י בסי' ע"א תשו' להריטב"א שכ' דבר התלוי בתנאי כל שלא פירש אינו מחויב וכו' עד וכ"כ רבינו האי בתשו' וכו' עד אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה וביטול מודעי לא מחשבינן ליה עד דמפרש והרי נאמנות וביטול מודעי שהוא נוהג בכל השטרות ואעפי"כ כיון שאינו מפורש בשטר וכו' לא מחשבינן ביה וזו ודאי סברה נכונה, וכ"כ מרן בסי' ס"א בשם רבינו ירוחם ז"ל וא"כ איך תפס במושלם מוהרש"ך בנאמנות דאע"ג שלא נכתב כמי שנכתב דמי, עוד תמה על דברי רב האי גאון מההיא דפ' המקבל דקי"ל שדורשין לשון הדיוט ואפי' שלא נכתב כמי שנכתב דמי וכ"כ הנמק"י בפ' המקבל בשם רב האי גאון וא"כ מאי שנה מנאמנות דלא מהני אלא דוקא כשנכתב בפירוש וזהו תורף תמיהתו יע"ש, וללל במים אדירים לבקש מנוח לתמיהה זו.

וחזי הוית למוהרש"ח בתשו' סי' ל"א דף ע' ע"ג שתמה תמיהה זו על הגאון והרשב"א ויישב לתמיהה זו דשאני התם דבמנהגא תליא מלתא, משא"כ בנאמנות שאינו מנהג שיהא הלוה מאמין למלוה כי יש הכי ויש הכי ולכך לא הוי כמו לשון הדיוט יע"ש באורך.

ולע"ד מדברי הרשב"א בס' תלודות אדם נראה הפך מדברי מוהרש"ח דבסי' רס"ח האריך בההיא דדרשינן לשון הדיוט דאפי' שלא נכתב כמי שנכתב דמי יע"ש דרך ארוכה. ובסי' ש"ד בענין מה שנהגו לכתוב

כן הוא דנדוניא נוטלתה בלא שבועה כלל כמ"ש הבא"ה סי' ל"ו, והך תשו' הרא"ש סוף כלל ן' על אלמנה שמתה קודם שנשבעה על כתובתה. לענין בכורה דנוטל פי שנים ונכסי אביו מיקרו ולא הוי ראוי דהגם דאמו נוטלת נדוניתה בלתי שבועה מ"מ נכסי אביו מיקרו ובכל אשר ימלא לו קריא ביה כיון דאם נגנבה או נאבדה נדוניתה או כלתה אחריותה על נכסי אביו לפרוע פרעות מיקרי אביו מוחזק בה ולכך לא הוי ראוי-ובכור נוטל פי שנים. וגדולה מזו כתב מוהר"ס בתשו' הובאו דבריו במרדכי ס"פ כל הנשבעין על ראובן שמת והניח אלמנה וב' בנות וא' מן הבנות נשואה ומתה אחר אביה ושוב מתה האלמנה קודם שנשבעה על כתובתה והבת הנשארת מוחזקת בכל הנכסים והבעל של הבת שמתה תובע כל חלי הנכסים לפי שנשמת אביה ירשוהו אשתו ואחותה והוא יורש חלק אשתו. והשיב ממה נפשך זכה בעל בחלי הנכסים וכו' עד ואין לומר כיון דבחיי אשתו היה משועבד לכתובת אלמנה ולמזונותיה הוי ראוי ואין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק דהא ליתא דכל כי האי גוונא לא מיקרי ראוי דא"כ ביטלת ירושת בנו הבכור עכ"ל, הרי מדבריו שבסוף אנו למדים דאפי' משועב' לכתובת אלמנה ולמזונותיה לא מיקרי ראוי ובכור נוטל פי שנים דאל"כ בטלת ירושת בנו הבכור, מכ"ש בענין נדוניתה דמאהר דשעובדא אנכסי אביו נמיה לא הוי ראוי אלא מוחזק לגבי בכור ובכל אשר ימלא לו קריא ביה ובכור נוטל פי שנים וכמו שכתב מרן הב"י בח"מ ריש סי' רע"ח וז"ל ודע שלא חלקו בין ראוי למוחזק אלא למורים כי מה שהוא ראוי למורים בשעת מיתתו אין בן הבכור נוטל פי שנים ואין אנו מקפידים ביורש שהרי כשמת הבכור בניו יורשים חלק בכורתו בנכסי הזקן ע"כ ה"נ בנדונית אשתו מיקרי מוחזק לאביו המורים הלכך בכור נוטל פי שנים כנ"ל ישוב דברי הרא"ש ז"ל, והדר דינא דבענין נדוניתה ס"ל להרא"ש דנוטלתן בלא שבועה ודלא כמ"ש הר"מ מינץ, בעד הרא"ש, ועוד זאת אני רואה דהגם שלידד מוהר"מ מינץ לומר דנשבעת אף על נדוניתה בסוף העלה דאין להשביעה על נדוניתה וגם יורשיה נוטלין בלא שבועה יע"ש והביא דבריו הרב המאסף בא"ה סי' ל"ו בהגהת הב"י אות ל"ב יע"ש וגם אם נמכרו ולקחו אחרים בדמיהם יורשיה נוטלין אותם בלא שבועה כמ"ש הריב"ש ז"ל, וכל זה הלכה מוסכמת לכ"ע ולכן אפי' הם ביד יורשי הבעל יורשי האשה מוליאין אותם מידם. ואם נאבדו באנו למחלוקת הרי"ף והר"מ עם רש"י והרא"ש כמבואר בתשו' הרב פ"מ ח"א סי' ע"ב ואם יורשי האשה תפוסים יכולים לומר קי"ל כרש"י והרא"ש ואם יורשי הבעל תפוסים יכולים לומר קי"ל כהרי"ף והר"מ כמבואר כל זה בתשו' הפ"מ הנז' יע"ש דרך ארוכה, ובתשו' הפמ"א ח"ב סי' ס"ה, ובתשו' מטה יוסף ח"א השיכות לי"ד סי' ד' והאריכות בזה אך למותר .

אך נלע"ד דבנ"ד שבעלה מת ממגפה והיא גם היא מתה אחריו ממגפה יש סניפים לומר שיורשיה ירשו כתובתה והוא לחקור ולדעת שאם שניהם הוכו ביחד איש ואשתו ושניהם שכבו למעצבה כל כי הא אין חשש דגררי וכיון דאינה לריכה לישבע יורשיה יורשין כתובתה כאשר הורה גבר הרב פרח מטה אהרן סי' ס"ה דכתב בנ"ד להקל דהגם דמוהר"י הלוי גמגם במת ממגפה אי דמיא למת פתאום. גם הרב דרכי נועם בא"ה סי' כ"ה סמך על דברי מוהר"י לבית הלוי ז"ל שכתב על דברי מוהרשד"ם ז"ל והאריך שם. מ"מ הרפמ"א שם נתן טעם לשבח דאי איכא לספיקי היינו כשהאשה היא בריאה דאפשר שהיא דורשת ממנו ואתפסה גררי אבל כשהיא ג"כ נינפה במגפה פשיטא דאין לחוש לגררי והאריך בכ"ט לשבח ומתוך כך דן את הדין בנ"ד דנמלא דמשום חשש גררי אין לה חיוב שבועה ויורשיה יורשים את כתובתה בלי שום פקפוק·

והלכה זו העלה הרב שם שכל שאין כאן שבועת גררי גם אינך שבועות אינם יע"ש באורך

ומתוך כך נראין הדברים גם בנ"ד לתור ולדעת אם נינפו שניהם יחד זה עומד בזוית זו וזו עומדת בזוית זו מוטלין על ערש דוי ואחר שיתברר לב"ד הלדק אם נהיה כדבר הזה וממילא רווחא שמעתתא לדון ולהורות בנ"ד דיורשיה יורשין כתובתה בלי שום פקפוק על פי הוראת הפמ"א שהזכרנו כטעמיה וכהלכתיה, ואף אם לא נינפו שניהם יחד רק הוא מת תחילה ואחר ימים גם יד ה' נגעה בה ומתה במגפה, איכא לדדין לדון דיורשיה ירשו כתובתה אם כשחלה בעלה תחלה ברחה האשה מבית דעלה מחמת בעיתותא דמגפה, ותשב לך מנגד הרחק ממקום למקום ולא נראו שניהם יחד עין בעין דאז ודאי ליכא חשש גררי, ודבר זה למדתיהו ממ"ש בשו"ת עדות ביעקב סי' כ"ה דף ס' וז"ל וא"כ נ"ד שמת ממיתת מגפה וגם שאשתו לא היתה עמו במחילתו, משעה שנינף עד שמת שברחה מחמת פחד המגפה הגה כי כן ודאי דומה לנפל הבית עליו ומת דלא חיישי' לגררי ה"נ דכותה .

אמור מעתה דגם בנ"ד בי דינא י"ב בעי למידק בגופא דהך עובדא היכי הוה אם ברחה אשתו ממנו כשנינף דתו ליכא למיחש לגררי כדבר האמור. ותו בעי למידק אם נינפו שניהם יחד דכל חד מהני תרי איכא טעמא רבה שלא לחוש לגררי וכיון דאין עליה חיוב שבועה יורשיה יורשים כתובתה, הן חזינא להרב עדות ביעקב סי' הנז' שם לידד שני לדדים ושני טעמים דליכא למיחש לגררי כאשר יראה הרואה שם .

באופן דמכל הטעמים הנז' בהלמדם יחד ראוי לעלות על שולחן מלכים מאן מלכי רבנן ב"ד הלדק י"ב אשר שם לחקור ולדרוש בכל לד ולד אשר לידדנו כי מהם תורה יולאה לנ"ד שזכו יורשי האשה בירושת כתו' בלי שום פקפוק, תו איכא טעמא אחרינא שלריך לתור ולחפש בנ"ד לדעת אם לא האריך בחליו כשנפל למשכב מחולי המגפה אלא מיד נתבלבלה דעתו ומת מיד דאז ודאי ליכא למיחש לגררי דנלע"ד דכל חשש גררי אינו אלא כשבחולה בדעתו דאז ודאי דאיכא למיחש שמא בהיותו שפוי בדעתו התפיסה גררי אבל אם נינף ונתבלבלה דעתו כאשר עינינו הרואות לרוב המוכים במגפה ב"מ דמיד דעתם מתבלבלת ומיטרפת דעתן עליהם. ודאי דכל כי הא ליכא למיחש לגררי שהרי אינם בעולם ואין דעתם וכמ"ש מרן הב"י א"ה סי' ל"ו, ובהכי ניחא לי ליישב דעת מוהרשד"ם עם מוהר"י הלוי סי' י"ט דמ"ש מוהרשד"ם בא"ה סי' קל"ב דמי שמת ממגפה ושעמום וטירוף הוי כמת פתאם מיירי במי שנינף ותכף נטרפה דעתו עליו ודומה כמי שאינו בעולם ודאי דכל כי הא מיירי מהרשד"ם דליכא למיחש לגררי. אמנם מ"ש מוהר"י הלוי חדא מיירי במי שנינף ולא נטרפה דעתו עליו והוא שפוי בדעתו והאריך בחליו אז איכא לספיקי בהעפסת גררי, ובזה ניחא לי ליישב דברי מוהרשד"ם ז"ל עם מוהר"י הלוי דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי וסימנין לדבר זה מלאתי להרב המאסף בא"ה סי' ל"ו בהגהותיו על הב"י אות ל"ז שהביא דברי מוהרשד"ם ודברי מוהר"י הלוי ומ"ש מוהר"מ מינץ במת במגפה והאריך בחליו לא הוי כמת פתאם ולא פליגי עם רשד"ם כמבואר למבין ע"כ, כונתו רלויה לחלק בין האריך בחוליו שדברי הר"י הלוי דחיים לגררי מיירי בהאריך בחוליו אמנם דברי רשד"ם מיירי כשלא האריך בחוליו אלא מיד נשתעמם ונטרפה דעתו ומת דהו"ל כמת פתאם וליכא למיחש לגררי ובהכי לא פלגן בהדייהו וקרובים דבריו למה שכתבתי וחילקתי ביניהם והוא חילוק נכון וטעמו ונימוקו עמו .

ובכן גם מוטל על ב"ד הלדק לדיעה בנ"ד אם נטרפה השעה

שהרי הם כמטלטלין שייחדם לה לנדונייתה למה שאינו בעין והם המעות שנתן לה בנדונייתה עכ"ל. ועיין להמבי"ט סי' ע' וע"א וע"ב וע"ג ולמהרח"ש ח"א סי' כ"ג ודון מינה לכ"ש שיש בשבלונות שנתן לה בעלה מבית אביו כסף וזהב ובגדים שהם בעין לתשלום המדודים והתוספת שאינו בעין ודאי דיורשיה נפרעים מהם לתשלום מה שאינו בעין .

איברא שעין רואה לרבינו החבי"ב חא"ה סי' ל"ו הגהב"י אות ל' הביא דברי המבי"ט הללו וכתב שחכם אחד פליג עליה והרב דרכי נועם חא"ה סי' כ"ח הביא בסוף דבריו דברי המבי"ט וכתב שאם הם ביד יורשי הבעל אין מוציאין מידם כנראה דמספ"ל שמא הלכתא כהחולק על המבי"ט והוא תימא בעיני דהיכא דפליגי הפוסקים זה עם זה והראו פסקם זה לזה הלכה למעשה קי"ל כדברי המכריע ועדיין לא שמענו שהמוחזק יצא בטענת קי"ל כחולק מאחר דשכנגדו הכריע הפך סברתו ותא חזי מ"ש רבינו החבי"ב כללי הקי"ל אות כ"ב דחכמים ודיינים נקבלים יחד ומתוכחים זה עם זה אמרי' דהמיעוט כמי שאינו ושיא היא כ"ד שהרי החולק ע"ד המבי"ט נתווכח עמו ובודאי דנקטי' כהכרעת המבי"ט דרב גובריה ומי כמוהו מורה ומה גם בהצמדם גם יחד כל הנך שניפין לרפאת שבר זה דחששת לצררי שאינה אלא חשש דדחיק ואתי מרחיק למיימינים בה להבין אמרי .

משפטי ה' אמת ספר מסופרי סופרי המורם מכל האמור דזכו יורשי האשה בכ"ש בתוספת ונכ"ב ככל הכתוב בשטר כתובתה אם המתנות כסף ושוה כסף שנתנו לה מבית אביה ומה שנתנו להקרובים מצד אביה או מצד בעלה בין קודם נישואין בין בשעת הנישואין זכו בהם יורשי האשה ואין שמין אותם בכלל הכתובה וכמ"ש מהרח"ש סי' הנז' ומהודענא במחילתן של צדיקים כי השואל נתן עלי דרך ישר לאנשים של תורה שלומי אמוני. לכן שת"י אותותי אלה בתכלית הקיצור וכשאפנה אשנה ואעלה על אר"ש ארשת ספתי חכמים בנחת אי"ה כי לאלהים מגיני ולא על דעתי סומך בתלמוד גדול שמביא לידי מעשה והוא יתן מעדני, עד יצא כנוגה משפט לאשורו עיני בנאמני, עליונים למעלה רבני א"י ת"ו יבלו ימיהם בטוב דשנים ורעננים בהנהו תלת בני חיי ומזוני, דגמרי ומקנו קנין תורה עושים מאהבה רצון שוכני סנה, והיו דברי אלה כקטן מתלמד ודן מאומד אז יקרא וה' יענה, יצילני משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות, עבד ליודעי דת ודין .

הצעיר **מרדכי קריספין** ס"ט .

הסכמת רבני ירושלם תוב"ב על הענין הנז'.

ראה ראינו מגילה עפה אשר הניף ידו תנופה פרצידא דתותי קלא הח' הש' הפוסק דינא יתיב מידא דכיא הנה לטענת היבם שטענתו לזכות מכח היותה זקוקתו הבל יפצה דהלכה רווחת היא אין ס' מוציא מידי ודאי כאשר כתב הרב המאסף ורובי תורתו בזה משנה שאינה צריכה ולכן ידינו מסולקות מהאי שקלא וטריא, אכן בטענת שלא נשבעה על כתו' הא ודאי איכא למיקם עלה הלא הוא כמוס עמנו חתום באוצרותינו בתעודה ארוכה במעשה שהיה ומ"ש החכם הפוסק טעם כעיקר מטעם הנאמנות הנהוג ליכתב במ"ק ואף שבנדון שלו לא נכתב ואתי עלה מדברי הסופר שטעה והשמיטו דברים אלו אין בהם כדי שבעה למסמך על הסופר והואיל ורובא דרבוותא להקת נביאים עמודי ההוראה רובא דמינכר בחדא שיטה אזלי שלא לדון בנאמנות אע"פ שלא נכתב כמי שנכתב דמיא ודברי הסופר בזה לא מעלין ולא מורידין לענין דינא להוציא מיד המוחזק ואיפכא מסתבר' כלפי לייא גם ממה שהביא מדברי המבי"ט ואפי' שראה ס' החולק דנקטינן כהכרעת המבי"ט הא ודאי לאו מילתא היא ואין ולאו ורפיא, אכן במה שהעלה לרפאת ולהעלות ארוכה מההיא דתרי קולי לא עבדי' ובנ"ד איכא כמה קולי אי מחמת שמת במגפה ר"ל ועו' קולא דלא אמיד כאשר יעידון יגידון כל העם אשר בשער ביודעיו ומכיריי קא אמינא ועוד שניגפו שניהם איש ואשתו כל כי הא ליכא למיחש לצררי כאשר זאת התור' יוצאה מתשו' הרב עדות ביעקב סי' כ"ה ד"ה יע"ש וכאשר הורה גבר הרב פרח מטה אהרן ח"ב סי' ס"ה הא ודאי יספיק לזכות את יורשי האשה וזכו מכל כל מיהב יהבו להו מן שמיא .

בללן של דברים לענין הלכה ולמעשה הנהיה כדבר הזה שהוכו שניהם במגפה פינו כפיו אזיל ומודה כהלכתיה לזכות יורשי האשה והלכה זו יוצאה בהינומא בעדי עדים וה' עמו שהלכה כמותו סולת נקיה, כה דברי החותמים לכבוד התורה תוככי ירוש' הבנויה .

נסים חיים משה מזרחי. רפאל אזולאי.
ישראל מאיר בכמהר"ר יוסף מזרחי .

וזהי תשובת הרב המחבר אשר השיב על נדון הנז' באורך ברוחב מבינתו תנצב"ה .

תשובה אל אלקים אשים דברתי, יאר פניו אתנו סלה להבין ולהורות ע"ד אמת ולצדק דברים המחוורים כשמלה, ראה ראיתי תשו' חכם ורצוני היה להשתעשע בדברי קדשו אך הזמן קצר ולכן הנני מטפס ועולה המוגע לענין דינא ואומר כי אנכי הרואה ראיה מהימנא דארכבוה אתרי ריכשי בטענות שתים. הנה מה שטענו צירם מכח היותה זקוקה ליבם הא ודאי לית בה מששא והבל יפצה פיהם דכלל גדול בדין אין ס' מוציא מידי ודאי כאשר כתב הרב המאסף בטא"ה סי' ק"ס אות ט"ו ולהיות משנה שאינה צריכה לנ"ד ידי מסולקות מפרט זה וכל מה שהאריך החכם הפוסק בזה אך למותר משום יגדיל תורה אך בטענתם שטענו לזכות מחמת שלא נשבעה על כתובתה, הא ודאי טענה היא ואיכא למיקם עלה דמלתא ולכן משכתי ידי בקשת הסופר לבדוק עד מקום שידי יד כהה מגעת למיגמר לה לה, וה' אלקים יעזור לי כיר"ו, וזה החלי בעזר הרוכב בערבית סלה .

ואומר דהנה בנדוניתה הקיימת והם בעין ודאי גובה אותם בלא שבועה ואם מתה יורשיה ג"כ יורשין אותה דסרך שבועה אין כאן ודין זה מוסכם לכולי עלמא במוהרשד"ם חא"ה סי' קי"ז וכ"כ המבי"ט בסי' רס"ו בח"א ובסי' ס"ט יע"ש באורך, ובפרח מטה אהרן ח"ב סי' ס"ה ובפ"מ ח"א סי' ע"ב וזו הלכה מסכמת לכ"ע ומשנה שאינה צריכה אך כי באתי עד הלום לפי שראיתי להרב המאסף בחיבורו לב"י א"ה סי' נ"ו אות כ"ט כתב יש חולקין וסוברים דאפי' שנדוניתה בעין צריכה שבועה וכן נר' מתשו' הרא"ש סוף כלל נ' הביאה הרב הטורים ח"מ סי' רע"ח על אלמנה שלא נשבעה על כתובתה הבכור נוטל פי שנים מדכתב כל הנכסים בחזקת בעלה ולא חילק בין נכ"ב לשאר נכסים הר"מ מינץ ז"ל סי' נ"ו, ולי אין זה הכרח דהתם מיירי במנה מאתים ותו' או שנדוניתה לא היתה בעין וכן מסתבר דסתמא לא פליג הרב בעה"ט ז"ל על אביו הרא"ש עכ"ל. וכמו כן כתב הרב המאסף בחיבורו לטור ח"מ סי' רע"ח אות ב' יע"ש דמסתמא לא פליג על אביו שכתב בא"ה סי' נ"ו דכל נכסיה בין נכ"ב בין נ"מ אינה צריכה שבועה וכתב עוד שם דלדעת המבי"ט בסי' ס"ט דס"ל דאפי' בנדוניא שאינה בעין נוטלת בלא שבועה לדעתו צריך לידחק ולומר דההיא דהרא"ש הנז' מיירי במנה מאתים דוקא ולא בנדוניא יע"ש. ולדידי חזי לי דאין שום סתירה מהך תשו' הרא"ש דלעולם דעת הרא"ש

אותם בכלל הכתובה גם מה שנתנו לה הקרובים משלהם מקמי נשואין כתבו הפוסקים שהם שלה כדין נ"מ ויורשיה יורשין אותה ואין שמין אותם בכלל הכתובה עיין מהרח"ש ח"א סי' י"ג המבי"ט ח"א סי' ס"ע ד"ה ומה שנתן וסי' ל"ה דע"ה ע"ב.

פש גבן לבאר ענין המדודים שנתנו לה מבית אביה ועיקר כתובתה ותוספת שכתבו נוטלת אלא בשבועה וה"ה שאין יורשיה יורשים אותם עיין לרבינו החבי"ב חא"ה סי' ל"ה הגה"ט אות כ"ג וכ"ד, הנה לרפאת שבר זה נקדים סגנון אחד הוא הטולה לכל הפוסקים דאפי' דלדעת רובא דרבוותא אמרי' שאינן נאמנות מועיל לגבי יורשין אנן בדידן תרי קולי, קולא דהבא שאול שהביא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וקולא דרב ושמואל דאין אדם מורים שבועה לבניו לא עבדי' אלא אמרי' כיון דאיפסקא הלכתא להדיא כרב ודינא דעבד כר"א עבד כל שכא לפנינו סמוך ונראה ספק אחר דדילמא הלכתא כמ"ד שאין נאמנות מועיל לכתחילה כמי עבי' כר"א דבשבועה מיהא מגבינן להו עיין לרבינו החבי"ב חא"ה סי' ל"ו הגהת ב"י אות ב'.

אמור מעתה לדאתאן עלה שראובן בכ"ש מת במיתת מגפה ר"ל ולא אמיד כלל דאשתא אומדן דעת אמתני ותקיפא שלא התפיס לה גרי אם נאמר דאפי' בשבועה לא מגבינן להו אינו אלא הוראה לקלקולא דמקלי כמה קולי. קולא א' דעבדינן עובדא כרב ושמואל ואף דלא איפסיקא הלכתא להדייא כוותייהו, קולא ב' דעבדי' כמ"ד דאפי' בנל"ב בעי' איתנהו בעינייהו ודלא כרבוותא שהביא המבי"ט ח"א סי' ס"ע דסברוה דבנל"ב לא חיישינן לגררי וזו היא שיטתו של האשל הגדול מהרשד"ם וכמ"ש בתשו' חא"ה סי' ל"ו הגהב"י אות ל"ח, קולא ג' דעבדינן דלא כהרא"ש שכתב בתשו' כלל פ"ד דבזמן הזה לא חיישינן לגררי, מצורף לזה אומדן דעת המתני ותקיפא שלא התפיס לה גרי מאחר דלא אמיד כלל ומעט אשר היה לפניו הוא ממה שנתן לו אביו והנדוניא זו שאנו דנין עליה ויורשי ראובן בכ"ש אינהו גופייהו יעידון יגידון כי השומא הנז' כמום עמהם א"כ עדות הוא ואומדן דעת דמוכח טובא שלא התפיס לה גרי ועיין הרא"ש בתשו' כלל פ"ו סוף סי' א' באופן דכי בעי' מימר שיורשי האשה אפי' בשבועה לא יגבו מחמת חששת גרי שומע אין לנו אחר דלהקת הפוס' בהסכמה עלו דתרי קולי לא עבדי' ק"ו בכ"ש דכל הנך קולי לא עבדינן ובשבועה מיהא מגבינן להו ועיין לרבי' החבי"ב חא"ה סי' ל"ו הגב"י אות ל"ה, והלום יראה המעיין להרב דרכי נועם חא"ה סי' כ"ה דלכאורה ה'ן נסת'ר לכל הכתוב כאן והן קודם אליגה נא תי' הרב להנהו תרתי דסתרן להרא"ש שכתב דהרא"ש בכלל פ"ה איירי בענין חוב הנדוניא אבל לענין מנה מאתים ותוספת מקולי כתובה אלימא חששה זו להפסיד את יורשיו מלגבות אם מתה בלא שבועה ובהכי איירי בכלל נ"א יעש"ב. ותמהני שהרי בתשו' סי' נ"א כתב להדיא שאפי' נדונייתא אם לא נשבעה אין היורשין גובין מטעמא דאין אמס"ל, ולי נראה דמ"ש הרא"ש בכלל פ"ה דלא חיישי' לגררי היינו דוקא במת פתאו' וכדמשמ' ממה שהביא משם הרמב"ם גם בתשו' כלל פ"ו סימן א' כתב כן משם מהר"ם יע"ש גם מוהר"י וייל בתשו' סי' נ"ח ס"ל הכי וכמ"ש רבינו החבי"ב סי' ל"ו הגהב"י אות ל' ומעתה הלשון אומרת בכלל פ"ה סי' א' אבל האידנא שאנו מגבין כתובות לכל יורשי האלמנות דמשמע דאפי' לא מת פתאם קאמר דמגבינן לכל יורשי האלמנות ע"כ דלאו דוקא אלא לכל יורשי האלמנות היכא שמת פתאום או בטירוף ושעמום קאמר וכדמשמע מהראיה שהביא ממהר"ם ואפשר עוד והוא היותר נכון לע"ד דדוקא קאמר לכל יורשי האלמנות וכו' ואין הכונה לומר דאפילו מתה ולא נשבעה מגבינן להו אלא הכונה לומר דליורשי האלמנות שנתקדשו ועדין האלמנה קיימת ויורשיה תובעין בב"ד בשבילה מגבינן להו בשבועה דהיינו ע"פ שבועתה שנשבעה שלא התפיסה גרי ולא אמרינן אין נזקקין כיון דחששת גרי קילא וכדמשמע מהויא דמהר"ם ובהכי דייק שפיר מילת לכל יורשי ומילת שקדשו שהכונה לומר שנתקדשו ועדיין הן קיימות.

איך שיהיה מתשו' זו לא תהוי תיובתין דמלבד דע"פ חילוק הרב תורה יולאה דבנדונייתה מיהא לדעת הרא"ש לא חיישי' לגררי עוד בה שהרי הרב נמי מסכים לדברי מהרשד"ם שכ"כ וז"ל ואע"ג דמהרשד"ם סי' קל"ב מלדד לדעת התם מיירי שמיד נתערבב ואעפ"כ עשה כמה סמוכות וסניפין כאשר תראה מתוך דבריו עכ"ל הרי כתב להדיא דאם איתא כל הנהו סניפין דנדון מהרשד"ם ז"ל עבדי' עובדא כנדון מהרשד"ם ודון מינה לנ"ד דהא איכא כל הנהו סניפין דנדון מהרשד"ם ז"ל באופן דלרווחא דמילתא הולכתי ללמוד וללמד דהויא דמהר"ם לא תהוי תיובתין, אמנם לי אני העבד נראה דאפילו נימא דמהר"ם הלוי פליג אדברי הרשד"ם וכדפליגי הנהו רבוותא שהזכיר רבי' החבי"ב מ"מ אפי' תוספת מגבינן להו ליורשי האשה בכ"ש בשבועה מאחר דכללין הוא דתרי קולי לא עבדינן והא איכא כמה קולי בכ"ש כאמור ועיין למרן סי' כ"ו כתב דמיתה חטופה או נטרפה דעתו לא חיישינן לגררי עוד נ"ל טעם כעיקר לנ"ש להגבות' שלא בשבועה ממ"ש הפוס' דכל שכתוב בשטר נאמנות וכו' הרי הוא כאלו כתוב נאמנות בין ממנה בין מיורשיה. ועיין לרב המבי"ב סי' ל"ו הגב"י אות ב' ולהרב כרם שלמה סי' ל"ב פרת מטה אהרן סי' ט"ל ח"א וח"ב סי' ס"ה ולא ולמד לנ"ש דכיון דהכי נהוג בכתובות שלנו כמ"ש מורי הרב חא"ה סי' י"א דקל"ה שלהי ד"ה איברא א"כ זכינו לדין דזכו יורשי האשה בכל סך הכתו' משום דלא דייקינן בכתובות שלנו דין האמס"ל ואודיע למעיין כי כאשר יגאתי לדון מטעם הנאמנו' היה לפני כתובה אחת ושטרי מקח שהיה כתוב בהם נאמנות.

ואחר החיפוש עין רואה דכתובה זו שאנו דנין עליה אין כתוב בה נאמנות ושאלתי לסופר למה השמיטו והשיב לי תחילה שהוא נכלל בכל הנהו וכו' וחזר ואמר שלא ידע שהנאמנות יש בו כל כך צורך ובכן באנו למחלוק' דאיכא מרבותא דס"ל לענין נאמנות בעי' שיפרש ויכתוב להדיא ואם לא נכתב לא דיינינן ביה כמו שנכתב עיין לרבי' החבי"ב ח"מ מהדורא קמא סי' ס"א הגה"ט אות ה' אמנם כל כה"ג שהודה הסופר שמעולם לא צוהו אדם, בזה שלא לכותבו אלא דאיהו ניהו מחמת פתיותו השמיטו לכ"ע בכה"ג אי' שלא נכתב כמי שנכתב דמי ואמינא לה מימרא דהאי שמעתא מהרש"ח שכתב בתשו' סי' ל"א דס"ז ע"ל ד"ה ומ"מ וז"ל אבל אם לא נכתב אמרי' דודאי צוה הבעל הסטר שלא לכותבו ועיין להרב הנז' ד"ע ע"ג ובביאוריו על הטור סי' ס"א וכיון שכן בכ"ש דאיכא הודאת הסופר שמעולם לא צוהו אדם שלא לכותבו אלא שהוא טעה והשמיטו ודאי דלכ"ע דיינינן גם בכ"ש כאלו כתוב נאמנות מאחר שכן המנהג פשוט בכל השטרות והכתובות לכתוב נאמנות ועיין למהרש"ח ז"ל בביאוריו סי' הנז' שכתב דאפי' הריטב"א וסי' מודים לדברי הרא"ש ז"ל כל שהוא מנהג פשוט.

עוד נ"ל לרפאת שבר זה בכ"ש מאותה שכתב המבי"ט ח"א סי' ס"ע אחר שעלה להלכה דנל"ב אפי' ליתנהו בעינייהו אינה צריכה שבועה כתב אף שבזמן הזה לא ניחוש לגררי וכמ"ש הרא"ש כלל כ"ד מ"מ לא נעשה מעשה וא"כ מה שאנו דנין עתה למעשה הוא שכל מה שיש בעין וכו' ולתשלום נדוניתה חייב להחזיר לה הסבלונות

שהרי

יורש הרי עשאוהו כבעל קרי' ביה ומכל שכן נפקא להיכא דלא מסתלקי אלא כותבין בלשון סלוק שיור ומ"ש עוד מ"ה דהר"ן ספוקי מספיקא ליה ומש"ה כתב אין לא ואיירי היכא דנכסי בחזקת הבעל ויורשיה אתו לאפוקי והרשב"א איירי בנמלאו הנכסים בחזקת יורשי האשה, תמהני דאי להר"ן מספיקא ליה היה לו לדון ולהורות דהיבם ספק ויורשיה ודאי ואתאן נכללים שאין ספק מוציא מידי ודאי ומה שהביא ממ"ש הר"ן בתשו' סי' כ"ח וכתב דה"ה לענין השיור דכך ספיקא דפלוגתא דרבוותא כמו ספיקא דדינא, אחר התאבקי בעפר מסכן כבודו לע"ד ליתא דבספיקא דדינא קי"ל דממון המוטל בספק חולקין ובאחד ס' וא' ודאי קי"ל אין ספק מוציא מידי ודאי, אבל בספק פלוגתא דרבוותא המוחזק זוכה בטענת קי"ל וא"כ לדרכו דמספיקא ליה להר"ן יבם הו"ל היבם ספק אי ירית תנאי השיור או לא ויורשיה ודאי ואתאן לכללן דאין ספק מוציא מידי ודאי באופן שנר' לעשות משפט כתוב כדברי המבי"ט ומהרימ"ט דמלוה לבלוע.

הלום ראיתי למהר"ח הכהן ז"ל בס' תורת חסד סי' ק"ך ולמהרח"ש ח"ג סי' ל"ב שהעלה דהפסק המחוור שיורשי האשה ירשו תנאי השיור והיא גופא נראה לכאורה לדון ולהורות בכ"ש מאחר דליכא ריעותא דאין אדם מוריש שבועה לבניו וכמה שיבא בס"ד ואולם כל הכתוב כאן להתלמד לדינא דשייך נטיתי לבי שרואה אני טענת יורשי האשה הנז' בשאלה דכיון שמתה כריסה בין שיניה הו"ל דיבם ספק שהרי כתב רבינו החביב סי' ק"ס הגה"ט אות ט"ו דלא אמרו דשומרת יבם שמתה היבם יורשה למר כא"ל ולמר כדא"ל אלא כשמותרת ליבם אבל כשאינה מותרת ליבם אפי' זקוקה לחליצה לכ"ע אין היבם יורשה אלא יורשיה יורשין אותה וסיים שם דשומרת יבם מעוברת שמתה אין היבם יורשה אלא יורשיה יורשין אותה ועיין מ"ש שם אות כ"ג ולהרב בית שמואל סי' ק"ס ס"ק י"א זה מורה באלבע לאפוקי סברת מי שעלה ע"ד להשוות כ"ש לאותה שכתב מהר"י הלוי בתשו' סי' י"ט דאע"ג דכופין לחלוץ היבם יורש ולא דק וק"ל. הלא לאמונה דבילדה היבמה חזי' פלוגתא דרבוותא דמהרש"ך ח"ב סי' קל"ו כתב דלא מפקי' מיד היבם משום דמצי למטען קי"ל כהרמב"ס והריב"א ורבינו ירוחם דס"ל דאפי' כלו לו חדשיו נוחל ומנחיל ומהרשד"ם ח"א סי' רי"ג כתב דהרמב"ם יחיד הוא בסברה זו וכ"כ מהרד"ב בתשו' סי' קפ"ח ואלו כך היה מעשה בכ"ש כ"ל דלא מצי היבם לזכו' בטענת קי"ל דמלבד דמהרש"ך יחיד הוא בסברה הלזו שהרי הכריח מהרשד"ם ומהרא"ד"ב שהרמב"ם הוא יחיד בסברה זו עוד בה דהן לו יהיה ספיקא דדינא אי הרמב"ם הוא יחיד או לא סוף סוף לא מצי היבם לזכות בטענת קי"ל מאחר דהקי"ל גופיה אינו ברור הו"ל בדדמי לאותה שכתב רבינו החבי"ב כללי הקי"ל אות י"א דבעי' טענה ודאית וה"נ דכוותא יגריעא מינה דהתם הקי"ל גופיה אין בו ספק כלל אלא שהטענה דגנבה יש בה ספק דשמא בפשיעה נגנב אבל הכא הקי"ל גופיה יש בו ספק וכמובן. ועם היות שכתבתי לעיל דברודים נהגו לפסוק כהרמב"ס ויאמר האומר דאפי' דהרבמ"ס הוא יחיד בסברה זו מ"מ הרי נהגו לפסוק כמותו עיין לרבינו החביב כלל הקי"ל אות ל' הרי תשובתו בלהו כתבתי דלא ברירה לה מילתא וחזר הדין שהיבם ספק ויורשיה ודאי ועוד דמסתבר טעמיה דמהרשד"ס עין כללי הקי"ל אות כ"ו וכ"ז.

ואודיע למעיין דכעת איגני תוקע עצמי לאותה שכתב מהרא"ד"ב סי' קכ"ח דאיהו נמי כתב כדברי מהרשד"ס שהרשב"ס דעת יחיד הוא אך חילק דממה נפסך גובה יעש"ב דלזה הדבר יהא מונח למען המלאי לראות היעמדו דברי מהרשד"ס דסי' רי"ג דנדונו היה שמתה האשה תחילה ועכ"ז כת' דלא אמרי' מה נפשך כנראה דפליג אדברי מהרא"ד"ב ואם לחשך או"ס לומר דמפשטא כדברי מהרשד"ס שאין חילוק בין מת הולד תחילה למתה האם תחילה מתשו' הרשב"א דסי' תש"ה שכתב אעפ"י שומר' יבם שמתה היבם יורש כתובתה או כולה או מקלתה הני מילי שומרת יבם אבל זו אינה שומרת יבם א"ד.

וביאור דבריו נראה דהכי קי"ל דכיון דשומרת יבם שמתה היבם יורשה אמאי גובה קודם החליצה הן אמת שאפי' תמות הבת אינה עולה ליבום אבל אפשר דתמות היא ושומרת יבם שמתה יבם יורשה, משום שלא אמרו שניתנה כתובה לגבות מחיים אלא לענין שיהיה לה קבורה וכמ"ש התוס' פ' האשה שנפלו ד"ה מאן שמעת ליה משא"כ אי מגבינן לה מהשתא שאם תמות אין היבם יורשה כיון שכבר היא מוחזקת בגביית כתובתה ותי' הני מילי כו' פי' דאפי' תמות היא קודם גבייה אין היבם יורשה משום דאינה שומרת יבם להתירה לו ואם איתא לדברי מהרא"ד"ב דממ"נ הוא זוכה דמתה קודם גבייה והלילה אמאי אין יורשה לימא ממ"נ יורשה שאם הולד של קיימא הוא הרי יורשה מחמת הולד ואי לאו ולד של קיימא הוא הרי יורש מחמת האשה יבעין זה נראה להביא סמוכות לדברי הרשד"ס מתשו' הר"ש בר הרשב"ץ הביאו מרן אבן העזר סי' ק"ס על ראובן שיבם יבמתו ולא בנים במ"ה ומת הוא ובניו ואין ידוע אם האב מת תחילה או הבנים ואח"כ מתה האשה ולוי אחיו של ראובן רוצה ליירש והשיב כיון שהוא ספק אם מת ראובן תחילה קודם בנו או אח"כ יורשי האשה הם ודאי ולוי יבם ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ואם איתא לדברי מהרא"ד"ב דאמרי' מה נפשך וכן בתשו' הר"ש לזו נמי הא איכא מ"נ אם ראובן מת קודם בניו הרי זכה היבם מלד הבנים דסתמא בגדולים איירי וכל"ע נוחל ומנחיל ואם בניו מתו קודם זכה היבם מחמת יבמתו הזקוקה לו.

אמנם אדם יראה לעינים דלא שמא מתיא דכיון דנדון הרשב"א והר"ש איירי במתו הבנים תחילה ואח"כ היבמה תו ליכא למימר שיזכה היבם מחמת הבנים דהן לו יהיה אמת דאחיו מת תחילה ואח"כ מתו בניו אינו יכול לזכות בכתובתה יבמתו מחמת הבנים שהרי אין להם כלי' עדיין מכתובת אמם שהלכה רווחת אין הבן יורש אמו בקבר באופן דבמת הולד תחילה קא אמינא דפשיטא לי שאין היבם יורשה אלא יורשיה יורשין אותה כיון דהו"ל ספק זקוקה ואפשר שגם מהרש"ך מודה דבמת הולד תחילה לכ"ע אין היבם יורשה אלא יורשיה יורשין אותה שכל טעמו של מהרש"ך הוא משום דזוכה בטענת קי"ל כהר"מ דתינוק בן יומו נוחל ומנחיל ובמת הולד תחילה לימא להאי טעמא דהלכה רווחת אין הבן יורש אמו בקבר לא נשאר בלתי טענה דזקוקה ליבם וכיון דספק הוי גם מהרש"ך יורה דאין ספק מוציא וכו'.

סוף דבר לכ"ש כיון שמתה מעוברת הו"ל ספק זקוקה ליבם ואין היבם יורשה אלא יורשיה יורשין אותה ואם היות שדוגמא לזו לא מצאתי כעת בספרן של גדיקין ז"ל מסתיין דרבינו החבי"ב אמרה משמא דגברא רבה בלי שום חולק, ואבא היום לאידך טענת יורשי הבעל הכתובה בשאלה שלא נשבעה וקי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו דהנה לנכסים שהן בעין בכ"ש דהיינו מה שהכניסה לו משמושי ערס מבית אביה שכולם קיימים עדיין הא ודאי לא קא מבעיא לן דודאי זכו בהם יורשי האשה וכהסכמת הפוסקים עיין למהרש"ך ש"א סי' ק"ן וקע"ז ולהמבי"ט ח"א סי' ס"ט ורס"ו ורע"ד ושאר ספרי האחרונים ולענין המתנות שנתנו לה הקרובים בין קרובי החתן ובין קרובי הכלה בשעת הנשואין כבר ידוע להקת הפוסקים בהסכמה עלו שהם שלה ויורשיה יורשין אותם כדין נ"מ ואין שמין אותם

יקבור אשתו וד"ה יתן כתובתה יע"ש א"כ ע"ד שכתבו התוס' שם ד"ה משום דבאין עליו יע"ש. אמנם לדרך מהרש"ך דאשה הקני לו מן השמים וממנה הוא יורש ואין בידו להתנות משום דהו"ל כתנאי לאחר נישואין דלא מהני מה כח ב"ד יפה לבא עליו מב' לדדין ואיה איפא הב' לדדין אתמהא אטו תנאי השיור הוא כמו תנאי קבורה שהוא תנאי ב"ד שתקנו קבורה תחת כתובתה ומשו"ה באין עליו מב' לדדין אבל תנאי השיור תנאי שבממון הוא בין איש לאשתו כנודע ולדרך מהרש"ך הרי אין בידו להתנות משום דהו"ל התנה עליה אחר שנשאה דלא מהני.

איך שיהיה הנה לדעת מהרש"ך אמרי' דלהך מילתא ניתנה כתובה לגבות מחיים ולא מאחיו הוא יורש אלא ממנה אמור מעתה דלא קשה על הר"ן ז"ל דאמאי לא אמרי' כשם שאם מתה תחת בעלה שייך תנאי השיור גבי יבם נמי נימא הכי משום דלא עדיף מאחיו דאתי מחמתיה דליתא שלא מאחיו הוא יורש אלא ממנה הוא יורש וכיון שאין בידו להתנות משום דהו"ל כמתנה אחר שנשאה מש"ה לא שייך גבי יבם תנאי השיור והשתא אפשר ליישב אותה שהקשתי עוד לעיל דהו"ל אפושי פלוגתא דליתא אלא עיקר פלוגתייהו תליא בהא אי ממנה הוא יורש או מאחיו דלדעת הגאונים וסיעתייהו ז"ל להך מילתא אמרי' ניתנה כתו לגבות מחיים וממנה הוא יורש וכמ"ש מהרש"ך, ולדעת רש"י וסי' מאחיו הוא יורש ומש"ה בנפלה לו מן האירוסין אמר' דלא עדיף מאחיו כיון שממנו הוא יורש אבל אה"נ שאם אמת היה דלכ"ע מאחיו הוא יורש אפילו לדעת הגאונים וסי' שייך תנאי השיור גבי יבם נמי משום דאמרי' ליה לא עדיף אח וכו'. אמנם הדבר הקשה ע"ד מהרש"ך ז"ל הוא זה דכיון דלדרכו אפי' מתנה עמה שלא יירשנה לא מהני משום דכנשואה דמיא א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם לכתוב בכתובת יבמין תנאי השיור הא אמרי' שאין בידו להתנו' משום דהו"ל מתנה אחר הנשואין, הישוב לזה נשמט מכאן וכתוב במקום אחר.

ולע"ד נראה טעם לדברי הר"ן שכתב דתנאי השיור לא שייך גבי יבם בהקדים ההיא דפ' האשה שנפלו שהק' רבא דלימא אח אני יורש ואי משום כתובה לא ניתנה כתובה לגבות מחיים ומפרקי' שטר העומד לגבות כגבוי דמי והנכסים בחזקתה ;ממנה הוא יורש וכתבו התוס' שם דאע"ג דאינה כתובה קודם חלילה לענין זה ניתנה כתובה לגבות מחיים עכ"ל, כנראה דדוקא לענין קבורה שהוא תנאי ב"ד שתקנו קבורה תחת כתובתה אמרי' לא ניתנה אבל כתובה לגבות מחיים לשאר מילי אמרי' דלא נתנה כתובה לגבות מחיים ומלי טעין אח אני יורש, ומעתה אפשר שזהו עצמו טעם הר"ן בתשו' הנז"ל דכיון דלשאר מילי אמרי' דלא נתנה כתובה לגבות מחיים מלי היבם לומר אח אני יורש כמו שהיה הוא זוכה בנכסיה מחיים אבל תנאי השיור איני פורע כיון שלא נתחייבתי בו וחובת אחי לא אירש ע"ד שכתבו התוס' שם שלהי ד"ה ולימא אח אני יורש וכו' יעוש"ב. ואפשר עוד דלכל מילי אמרי' נתנה כתובה לגבות מחיים וכיון שכן מלי טעין היבם דלאו אחיו הוא יורש לבא עליו בטענה דלא עדיף אח וכו' אלא ממנה הוא יורש והוא לא התנה עמה תנאי השיור ובהכי מתיישב יותר לע"ד לשון הר"ן בר"פ האשה שנפלה שכתב כשם שאם מתה תחת בעלה בעלה יורשה כך כשמתה תחת יבם וכו' דמשמע שממנה הוא יורש.

משפט נבחרה לנו הנה מהרשד"ם בתשו' חא"ה סי' כ"ח שהר"ן הוא יחיד הוא בסברה הלזו כנראה שנעלם ממנו דמהרש"ך קאי כשיטת הר"ן כדבר האמור גם מוהר"י הלוי בתשו' סי' י"ט אחר שהביא דברי מהרשד"ם כתב דסברת הר"ן יחידאה היא גם מהרא"ד"ב ז"ל בתשו' סי' קפ"ח הביא דברי הרשב"א והר"ן וכתב שהר"ן הוא יחיד בסברה זו נגד סברת הרשב"א והשואל הנז' בתשו' הר"ן ועיין למהרא"ד"ב סי' קפ"ט דהן גסת'ר מחמת'ו דבסי' קפ"ח כתב שהרן הוא יחיד ולא מלי המוחזק לזכות בטענת קי"ל ובסי' קפ"ט ד"ה הן כל ראתה עיני כתב שהמוחזק מלי למי' קי"ל כהר"ן דתנאי השיור לא שייך גבי יבם, באופן דלהר"ן ומהרש"ך לא שייך תנאי השיור גבי יבם וידוע שיכול המוחזק לומר קי"ל כשני פוסקים אפי' נגד מאה כמ"ש רבינו החביב בכללי הקי"ל, אמנם הרב גט פשוט בכלליו כתב דכל כה"ג שהמוחזק בא בטענה דקי"ל כשני פוסקים דהנכון לעשות פשרה. והיא גופא נובין ונדון לנ"ש שהרי רוב הפוסקים ס"ל שהר"ן הוא יחיד וליכא אלא הר"ן ומהרש"ך שכתבו דתנאי השיור לא שייך גבי יבם. מצורף לזה אותה שכתב מהרא"ד"ב סי' קפ"ח דכשדברי הפוסק הראשון אינו על ספר מפורסם והאחרון חולק עליו נאמר דלא שמיע ליה דברי הראשון וא"כ גם על מהרש"ך שלא הזכיר דברי הרשב"א איכא למי' כמ"ש מהרא"ד"ב ע"ד הר"ן דאפי' דאי הוה שמיע ליה למהרש"ך דברי הרשב"א לא היה מזכה ליבם בנ"ש.

ומצטרף לטובה אותה שכתב רבינו החבי"ב בכללי הפוסקי' דברודים נהגו לפסו' כהרמב"ם עפ"י פי' ה"ה וכיון שהיבם בנ"ש בא לזכות בטענת קי"ל כהגאונים וסי' שהכל ליבם וקי"ל כהר"ן ומהרש"ך דלא שייך תנאי השיור גבי יבם שקיל חזקתיה ושדייה אאיזרי שהרי פה רודים אתריה דמג"ר הרמב"ם הוי ואיהו ס"ל דבכ"מ שנפלו לה תחתיו הכל ליורשי האשה ונל"ב יחלוק ולא מלי היבם לזכות בטענת קי"ל אמנם אין רנוני לומר דכאן ברודים נקטי ודאי כדבר האמור לדעת הרמב"ם דכ"מ הכל ליורשי האשה ונל"ב יחלוקו שהרי, האי כללא לא ברירא לן כולי האי והן הפה יכולה לדבר דספיקא הוי וכמ"ש מורי' הרב בא"ה סי' ל' אבל סניף בעלמא הוי וכמובן, אחרי סמוך ראיתי למ"ה חא"ה סי' י"א הביא לנו תשו' הר"ן שכ' בתנאי השיור אין לנו והעלה דאם היבם מוחזק אין ס' דשפיר הוה זכי כנר' דאפי' בשיור קאמר שיכול היבם לזכות בטענת קי"ל אבל אני בעניי אחרי ראותי כל הכתוב לעיל הקרוב אלי שגם מ"ה לשקלא וטריא קאמר לה אבל למעשה אה"נ שאם נדונו היה שהיבם היה מוחזק היה עושה מעשה לבא בפשר דבר מאחר אשר עלה חומה על א' כמה וכמה ספקי איכא הכא לזכות בטענת קי"ל וכמובן ומה שאנו בעניותנו לא מלאנו ידינו דהנה מ"ש ראשונה ע"ד מהרימ"ט דמתשו' הר"ן לא משמע כדבריו.

לי הדיוט תיובתא ליכא דמהרימ"ט לשיטתיה אזיל שכתב שם דכא אחיו וזכותו הוא יורש אבל אם לאחיו לא היה לו זכות כלל בנכסי אשתו ס"ל למהרימ"ט דאמרי' ליה לא עדיף אח וכו', והכי מוכח ממאי דחזי למהרימ"ט שדחה בשתי ידים דברי מהרש"ך וכתב דאדרבה אי ממנו הוא יורש באין עליו משני לדדין וכמ"ש לעיל משמה ומעתה חולק ע"ד מתשו' הר"ן ובקו' מ"ה דכי איסתליק נמי נימא הכי דכשאינו מסתלק ניחא דכיון דנכסים הללו בחזקת אחיו היה יבם נמי אחיו הוא יורש ולכי מייתא איבטל תנא' ואיהו לא התנה משא"כ בנסתלק אחיו ודאי דאמרי' ליה לא עדיף אח וכו' ומה שהק' דהו"ל להרשב"א לאתויי מאותם שכותבים שיור דהוי חדושא טפי יש ליישב לדעת מוהרימ"ט דכי מייתי הרשב"א ברים דבריו חיוב טומאה ממה שאמרו שהוא יורש כל כתובה אפי' דכותבין שיור איירי שהרי לדברי מהרימ"ט לא פליג הרשב"א אהא דהר"ן, וס"ל דאפי' דכותבין שיור אמרו שהוא יורש כל כתובתה ועוד דאעיקרא לע"ד ל"ק דאימא שלא הוצרך הרשב"א לאתויי מאותם שכותבין שיור מאחר שהביא בסוף דבריו גדולה מזו דאפי' לאותם דמסתלקי מ"מ כיון דכ"מ הוא יורש

תשובה. לטענה ראשונה דכיון שמתה בעודה זקוקה ליבם יורשי הבעל יורשים אותה, לכאורה נראה שטענה כהוגן ואליבא דהסכמת הפוסקים שהנה בעיקר כתובתה דהיינו מנה מאתים ותוספת מבואר מדברי מרן ב"י א"ה סי' ק"ס דלכ"ע היבם יורשה ובנ"מ שנפלו לה בחיי הבעל איכא פלוגתא דרבוותא דלרש"י והראב"ד יחלוקו יורשי האשה עם יורשי הבעל ולהרי"ף והגאונים ומקצת אחרונים הכל ליבם ולהרמב"ם והרמב"ן והרא"ש והריב"א הכל ליורשי האשה, ובנכסי מלוג שנפלו לה בעודה שומרת יבם לכ"ע הכל ליורשי האשה ובנכסי צ"ב לרש"י והרמב"ם והרמב"ן יחלוקו יורשי הבעל עם יורשי האשה, ולהרי"ף והראב"ד והגאונים ור"ת והתוס' והרא"ש הכל ליורשי הבעל.

אמור מעתה לדאתן עלה שיש לפנינו כתובה ותוספת ונכסי מלוג דהיינו המתנות שנתנו לה אביה וקרוביה שדינה כנכסי מלוג וכמו שיבא בס"ד וכן יש ג"כ נכסי צ"ב כו' לכאורה דכיון דיורשי הבעל מוחזקים זכו בדין שיאמרו קי"ל כהגאונים וסי' וכמ"ש הר"ן בתשו' סי' כ"א והביא דבריו מרן סי' הנז' יע"ש, וזו היא שיטת מהריב"ל ומהרש"ך ומהרא"ד"ב הביא דבריהם רבינו החבי"ב סי' ק"ס הגה"ט אות י"ז ומן התימא אנכי על המבי"ט שכתב בתשו' ח"א סי' קע"ב דהלכה למעשה אנו דנין כדברי הרמב"ם שהרי הלכה רווחת שהמוחזק זוכה בטענת קי"ל ומה גם הכא דרש"י והרמב"ם והרמב"ן הם מיעוט נגד רוב הפוסקים דס"ל שהכל ליורשי הבעל ולא על המבי"ט ז"ל לבד תמיהני אלא גם על הר"ן שכתב בתשו' סי' כ"א דבנ"מ יחלוקו שהרי גם בגמ' פליגי הרי"ף והגאונים ומקצת אחרונים עם רש"י וסי' וס"ל שהכל ליבם ונימא מאן ספין ומאן רקיע לאפוקי ממונא נגד הגאונים וסי' ז"ל.

איך שיהיה הנה זאת תורת העולה לנ"ש לכאורה זכו יורשי הבעל בכל מכל כל מטעם קי"ל ובהסכמת הפוסקים עיין לרבי' החבי"ב ז"ל ח"מ מהדורא קמא סי' כ"ה בכללי הקי"ל שלהי אות י"ג ולהרב גט פשוט כלל ב' ומ"מ בנ"מ שנפלו לה בחיי הבעל זכות תולה ליורשי האשה כיון דג' מחלוקות בדבר כדבר האמור ועיין למוהר"י הרב מר חמי סי' ג"ל.

ברם בקושטא לאו שמא מתיא לנ"ש שהרי המבי"ט סי' קע"ב כתב דאחר שבזמנינו יש תנאי בכתובות שאם תפטר היא בחיי בעלה יחלוק הבעל עם יורשי האשה גם היבם דאתי מחמתיה דבעל לא עדיף מהבעל ואפי' לדעת הרי"ף והראב"ד והגאונים ור"ת והתוס' והרא"ש ז"ל אין ליבם אלא כחלק שהתנו עם אחיו דהיינו שיחלוקו יורשי האשה עם יורשי הבעל והנה אתי היתה כשה וסמוכות לדבריו מדברי הר"ן פ' האשה שנפלו שכתב וז"ל ואחרים אין גורסין וכתובה בוי"ו אלא מתני' תני והדר מפרש וה"ק כל הנכסים בחזקתן כיצד כתובה בחזקת יורשי הבעל ומנה מאתים ונצ"ב הכל בכלל לשון כתובה והכל ביורשי הבעל לפי שאף נצ"ב בחזקתן הראשונה עומדין כשם שאם מתה תחת בעלה בעלה יורשה כך כשמתה תחת יבם יורשה יבם את"ד, וידוע דהאי אחרי שכתב הר"ן דפליגי על רש"י וסי' הם הגאונים וסי' וכמ"ש לעיל דאינהו סברוה להאשה כל ליורשי הבעל ועי' להר"ן בתשו' סי' כ"א ועכ"ז טעמא טעים הר"ן לדידהו משום דאמרי' כשם שאם מתה תחת בעלה בעלה יורשה כך כשמתה תחת יבם יבם יורשה וא"כ אף אנו נאמר דלפי מה שנהגו להתנות שיחלוקו כשם שאם מתה תחת בעלה חולקין כך כשמתה תחת יבם חולקין שאם נאמר דנכסים כולם בחזקת היבם ניהו נמצא דיבם עדיף מגברא דאתי מחמתיה דהיינו אחיו שממנו הוא יורש ולא קרי' ביה כשם אלא ודאי דלפי מה שנהגו עכשיו להתנות מיחלוקו אף הגאונים וסי' מודים שיחלוקו כי טעמייהו משום דאמרי' כשם, ולא ולמד נמי מדברי הר"ן שכתב פ' הנז' לדעת רש"י דנ"מ שנפלו תחתיו יחלוקו משום דיד שניהם שוה בהם אבל מן האירוסין אינו יורש דלא עדיף מאחיו דאתי מכחו ואע"ג דאיהו לא בעי חופה מ"מ לא מצי לירש מה שאין לו לאחיו את"ד יע"ש.

אמור מעתה שאם כנים הדברים שהגאונים ז"ל פליגי על רש"י ואף בזמן הזה ס"ל שהכל ליבם הו"ל דעות חלוקות מן הקצה אל הקצה דלדעת רש"י בנ"מ שנפלו לה תחתיו יד שניהם שוה בהם ובנפלו לה מן האירוסין לא מצי ליירש מה שאין לו לאחיו ואלו דעת הגאונים אף דמאחיו הוא יורש מצי לירש מה שאין לו לאחיו והו"ל אפוסי פלוגתא דידיע דלא מפסי' ומסתיין דנימא דפליגי הגאונים עלייהו דרש"י ואמרו כשם אבל למה שנהגו להטיל תנאי השיור כיון דלא קרי' ביה כשם ודאי דלכ"ע יחלוקו אבל נחנו מה ביום שידובר בו דברי הר"ן בתשו' סי' כ"ט שכתב להדיא דתנאי השיור בחיי יבם אין לנו יע"ש וא"כ הן נסת"ר מחמת"ו הר"ן מפסקיו לתשו', ולכאורה נר' דלעולם מודה הר"ן לסברת המבי"ט דבזמנינו אין היבם יכול לערער על השיור ומ"ש בתשו' דבחיי יבם אין לנו הכונה דהשואל היה סבור לדמות השיור לקבורת' שכשם שקבורתה תחת כתובתה אף השיור כל מי שיורש כתובה פורע השיור ע"ז השיב הר"ן דאי מטעם זה איהו מסכים לדעת השואל דלא דמיא וכמו שהאריך הר"ן שם אבל אה"ן דלהלכה ולמעשה מטעם דאמרינן כשם ולא מצי לירש מה שאין לו לאחיו מודה הר"ן שכל מי שיורש נדוניתה פורע השיור באופן דהר"ן בתשו' הנז' לטעם השואל בלבד קאמר שאינו מסכים לדעתו א"כ דלהלכה ולמעשה נמי פליג הר"ן בתשו' דס"ל דשפיר קרי' ביה כשם דכיון דתנאי השיור בחיי יבם אין לנו והו"ל כמאן דליתיה אמרי' כשם שאם מתה תחת בעלה והניח זש"ק בעלה יורשה כך כשמתה תחת יבם שאין לנו תנאי דשיור יבם יורשה, אמנם לע"ד כל הדרכים הללו בחזקת סכנה דאי לדרך ראשון קשה דכל כי הא לא הו"ל להר"ן לסתום מאחר שעמד השואל ושאל הלכה ולמעשה לדעת מה יעשה הי"ל לפרש דמטעם דאמרינן כשם ולא מצי לירש וכו' דין הוא שיחלוקו ואי לדרך ב' קשה שמאחר שאין לפנינו זש"ק הרי לא קרינן כשם וכמובן ועוד סוף סוף הו"ל אפוסי פלוגתא.

ונטיתי לבי ליישב בהקדים דברי מהרש"ך ח"ג סי' קכ"ד וקל"ו שעמד בחקירה זו אי שייך תנאי השיור גבי יבם בנ"מ דגבי יבם שניתנה כתובה לגבות מחיים ומינה קא ירית שהיא זקוקה לו וככנוסה דמיא לא מהני גבי יבם תנאי השיור דהו"ל כדדמי להתנה עליה אחר שנשאה דלא מהני את"ד. ומהרימ"ט ח"א סי' מ"ה כתב ע"ד מהרש"ך הללו וז"ל ולא ידעתי מאי איריא האי טעמא דזכתה תכף בנצ"ב שלה דאדרבא אם לא היתה זוכה משום שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים או מצי למי' את אני יורש כתו' איני נותן שלא ניתנה כתו' לגבות מחיים והשתא דזכתה משום דיבם מיקרי אח"ך באים עליו משני לדדין עכ"ל.

ולי הדיוט נראה דכונת מהרש"ך לו' דהשתא דאמרי' דמינה דידה קא ירית ולא מחמת אחיו אתי שפיר דלא שייך תנאי השיור גבי יבם משום דככנוסה דמיא ולא מהני בה תנאה אבל אי אמרי' דמכח אחיו וזכותו הוא יורש ולא מינה דידה שלא ניתנ' כתובה לגבות מחיים אפי' נימא דככנוסה דמיא שייך תנאי השיור גבי יבם נמי משום דאמרי' ליה לא עדיף את מגברא דאתית מחמתיה ומה שהקשה עוד מהרימ"ט דהשתא דזכתה משום דיבם מיקרי אחר באים עליו משני לדדין דבריו נפלאו ממני דבשלמא לס"ד דס"ם דאחיו הוא יורש ותקנו כתובה תחת קבורה ניחא דבאין עליו משני לדדין וכמו שפירש רש"י שם ד"ה

יקבור

דלגמור גר׳ בהדיא דבידים קאמר בלי ספק, ומ״ש הטור בסי׳ רנ״ב מותרין בדין זתים וענבים ובדין בוסר ומלילות מותרין ר״ל מותרין אפי׳ לגמור בידים קאמר ויגיד עליו מ״ש בסש״י שכתב ואם אין מחוסרין דיכה אלא שחיקה מותר לגמור בשבת וכל חכם לב בלבבו יבין דלשון יגמור בשבת ר״ל בידים קאמר. ומה שלא פי׳ דבריו כאן בסי׳ רנ״ב חזר ופי׳ את דבריו בסש״י שכ״א, ומאי דנקט הכא האי לישנא דמותרין משום סיפא נקט הכי שכתב אבל אם לא נידוכו היטב אלא שנתרסקו מעט אסורין המים היוצאין מהן ואגב סיפא נקט רישא מותרין. ומה שהקשה ממ״ש הטור סי׳ ש״ך דמשמע דמותרין אבל לא בידים אין משם ראיה משום דהתם לא בא ללמדנו עיקר דין זה וכיון דאין כאן מקור דין שכבר שנה ופי׳ בסי׳ רנ״ב ובסי׳ שכ״א ואגב גררא נקטיה להכי לא דייק בלישניה טפי ומותרין שכתב כאן ר״ל מותרין המשקין היוצאין אפילו בידים ולא רצה להאריך כיון שאין כאן מקומו וטעתו כנ״ל בישובן של דברים.

מעתה אלכה ואשובה אל אחי אשר נהגו היתר בדיכת השומין בשבת דלפי מש״ל הרי מצינו להם סמך סמוכין דרבנן הוא האשל הגדול הר״ן ז״ל דמכלל דבריו יש ללמוד היתר לנ״ד כדבר האמור וכ״ש דמנהג העולם לכותשן ע״י שינוי בקתא דסכין ובקערה דהוי שינוי גמור דעבדי תרי שינויי קתא וקערה כמ״ש הרב מג״א סי׳ שכ״א עמ״ש מרן מותר לדוך פלפלין וכו׳ בקתא של סכין ובקערה. וכתב הרב הנז׳ ז״ל דאו בקערה קאמר דבחד שינוי סגייא שכן נר׳ מדברי הש״ס יע״ש, וכיון דעבדין תרי שינויי שרי אע״ג דכדרכו חייב משום אב מלאכה לס׳ רש״י והשאלתות ז״ל כמש״ל אפ״ה ע״י שינוי מותר לכתחלה וכמש״ל בשם שבולי הלקט כנז״ל וכ״ש דעבדי ליה בתרי שינויי דשרי לכ״ע, ועיין בסי׳ שכ״א בכמה דברים שמותר לעשותן ע״י שינוי יע״ש.

גם את זה מצאתי ראיתי לאבי התעודה הרב הגדול מוהרי״ט ז״ל בראשונות סי׳ פ״ג שנשאל על עלי תותין אם חייבין בשביעית או לאו והורה להתר. ובא״ד כתב וז״ל דכיון דהראשונים לא מיחו בדבר ודאי שנראה להם התר בדבר וכאותה שאמרו בהקומץ תלמידו של רבי עקיבא היה קושר תפילין בלשונות של ארגמן ולא א״ל דבר אפשר אותו צדיק ראה תלמידו ולא מיחה בו וכו׳ ועוד ראיה מההיא דאמרו פ״ק דע״ז דישראל וגוי ששפתו שתי קדרות ע״ג כירה אחת ולא חששו חכמים משום בשר נבלה, והדר מותיב תיובתא מהא דפ׳ אלו מגלחין דמפלין כלי פשתן בח״ה בעי בר הדייא לאתויי ראיה דשרי דלדידיה חזה ליה ימה דטבריה דמפקי ליה מסכלי דמאני דכיתנא בחולא דמועדא ומתקיף לה אביי מאן לימא לן דברצון חכמים עבדי דילמא שלא ברצון חכמים עבדו, ותירץ וי״ל דשאני התם דמלתא דרבנן היא ומאחר שלא שמעו להם בראשונה לא חזרו ומיחו, והכי תנן בס״פ מקום שנהגו על שלשה מיחו בידם ועל שלשה לא מיחו בידם אע״ג דאסירי, אבל הכא דאיכא איסורא דאורייתא ודאי היו צריכין למחות א״כ וכו׳ עד אבל הכא דאיסורא דאוריתא הוא ואנשים הוו אם איתא דאיכא איסורא הי״ל למחות עכ״ל יע״ש באורך.

מכלל דבריו אלו למדנו דבכל מקום דאיכא איסורא דאוריתא ונהגו אנשי אותו מקום היתר ולא מיחו בהם גדולי דורם אמרינן ודאי שנראה להם התר ואין להרהר אחריהם. אף אנו נאמר בנ״ד ג״כ דיש בדבר לתא דאיסור תורה כשכותשן במכתשת לס׳ רש״י והשאלתות כנז״ל והי״ל לגדולי הדור למחות שלא יעשו אפי׳ ע״י שינוי דילמא אתו לכתוש במכתשת עצמה ומדלא מיחו י״ל שנראה להם היתר בדבר ולכך לא מיחו ושרי. כ״ז כתבתי ללמד זכות לעולם שנהגו היתר זה שיש להם על מה שיסמוכו. אך אמנם אכתי לבי מהסס בהיתר זה משום דאם איתא להתר זה לא הוא משתמיט לשום פוסק מהפוסקים ז״ל מלהזכירו לתיקון זה. והתיקון שתיקן בדבר אחי המאירי ה״י שידוך אותם בקערה בקתא דסכינא אך שיתן מרק בקערה בשעת דיכתן ובזה יצא מידי ספק לכל הדעות כאשר האריך בדבריו ה״י, גם בזה לא נחה דעתי דאכתי מידי ספיקא לא נפקא דהא כדי לדוך אותן בקערה במרק ודאי צריך ליתן מעט מרק כדי שידוכו היטב דבמרק הרבה אינו נידוך היטב הדק ובמרק מעט הוי כמו לישה ויש לחוש לס׳ הירושלמי שאמרו כשדך אותן חייב משום לישה ואף דפליג אתלמודא דידן כאשר כתבו הפוסקים ז״ל מ״מ למיחש מיהא חיישי׳ ובפרט שיותר דמי ללישה כשיש מעט משקין מכשלא יש משקין וכמ״ש ממתני׳ דטבול יום פ״ב משנה ג׳ המתחלת המקפה של תרומה והשום והשמן של חולין וכו׳ אר״י אימתי בזמן שהן גוש בקערה אבל אם היה מפוזר במדוכה טהור מפני שהוא רוצה בפיזורו ושאר כל הנידוכין שדכן במשקין וכו׳ ועיין בפי׳ הרמב״ם ורבי׳ עובדיה ז״ל בפי׳ משנה זו שנראה מדבריהן דכשהן נידוכין השומין בשמן ואח״כ קיבץ הכל השומין עם השמן ונתנם בקערה והם שם גוש אחד ואם נגע במקצתן ע״י פסל הכל, אמנם כשנגע בעודן נידוכין במכתשת במקצת לא פסל אלא במה שנגע שכונתו בשעה שכותש להפריד חלקיו ולא הוי חיבור יע״ש, הרי דהמשקין עושה אותן חיבור והוי דומה ללש שמחבר את הנפרדין לעשותן גוף אחד ומה הועיל בתיקון זה דאכתי לא פלטינן מחשש איסור, לכן לצאת מידי ספק דכ״ע מי שרוצה לאכול אכילה כזו יעשה בא׳ משני פנים ויאכל בלי ספק דהיינו שמערב שבת יפרק גרגירים של השומין מראש השום ולא יקלפם וביום השבת יחתוך בסכין כל גרגיר וגרגיר מהשומין בתוך התבשיל בקליפתן והן יתנו טעם בתבשיל כשאוכלן ולועסן בשיניו, או יעשה באופן אחר שידוך כל גרגיר לבדו בקליפתו בקתא הסכין בקערה בלי מרק כלל ויניחם בתבשיל והם יתנו טעם הרבה בתבשיל כיון שנידוכו בסכין יפה בקערה, בחד מהני תרי גווני שרי לכ״ע ותו לא מידי כן נראה להלכה ולמעשה.

נסים חיים משה מזרחי.

סימן יא.

שאלה זו נשאלה מאת רבני עיקו״ת ירושת״ו ואחריה הסכמת הרבנים זלה״ה בקילור נמרץ כאשר הובאה בס׳ דברי מרדכי קריספין זלה״ה חאה״ע סי׳ ד׳ אך מה שהשיב עליה הרב המחבר מו״ז זלה״ה השמיטוה מספר הלז, לזאת חזרנו וכתבנוה פה כאשר נמלאת בחיבור זה. ואחריה תשוב תשו׳ הרב המחבר ז״ל.

שאלה ראובן ואשתו הוגפו במגפה ר״ל ומתו גם שניהם חלי״ש ראובן תחילה ואחר כך מתה אשתו והנה קמו יורשי ראובן לרשת אחוזתו בנ״ט דכיון דאשת ראובן מתה בעודה זקוקה ליבם שהרי ראובן מת תחילה ולא הניח אחריו זרע של קיימא להם משפט הירושה, ועוד דכיון שלא נשבעה על כתובתה וקי״ל דאין אדם מוריש שבועה לבניו יורשי הבעל יורשי׳ אותה, ויורשי האשה טוענים שהם יירשוה דכיון שמתה מעוברת וכריסה בין שיניה הו״ל יורשי הבעל ספק ויורשיה ודאי ואין ס׳ מוציא מידי ודאי ואי משום שלא נשבעה הרי כל נכסי עזובנה הם בעין שמתה בתוך שנה ראשונה לנישואין. עפ״י הדברים האלה יורה המורה לדק ושכמ״ה.

תשובה

יכתוש להוציא מהן משקין בשבת דאסור משום מפרק דהוי תולדה דדש, וכבר אמרו בש"ס הנז"ל דבמחוסרין דיכה כ"ע לא פליגי יע"ש, מה שאין כן בפלפלין ומלח, אלא דאכתי ק"ל דלמה לא אסרו בפלפלין ומלח אפילו ע"י שינוי דילמא יבא לכותשן במכתשת שהכתישה במכתשת היא כמעט אב מאבות מלאכות וכמ"ש מדברי הש"ס ריש פ' כלל גדול דף ע"ד דפריך וליחשוב נמי כותש אמר אביי שכן עני אוכל פתו בלא כתישה רבא אמר וכו' אלא מחוורתא כדאביי, ופי' רש"י ז"ל וז"ל וליחשוב נמי כותש חיטין במכתשת להסיר קליפתן דהואי במקדש בסממנין אלא משום דדמיא לדש לא חשיב לה דהא נמי מפרק מלבושה היא, שכן עני אוכל פתו בלא כתישה אע"ג דהואי במקדש ואב מלאכה הוא כיון דתנא לדש לא תנא להו וכו' אבל כתישת עשירים הוא דלתתי וכתשו לעשות סולת נקיה אבל עניים לא טרחי הלכך לא תנא לה ומיהו ודאי אב מלאכה היא ובכלל דש היא עכ"ל, ולדעתי אפשר דמ"ה ס"ל לרש"י ור"ה והשאלתות דרב אחאי פ' אמור בהא דאמר ר' יהודה בפ' תולין דף קמ"א הני פלפלי מדיך חדא חדא בקתא דסכינא שרי תרתי אסיר רבא אמר כיון דמשני אפי' טובא נמי דבי"ט איירי ולא בשבת משום דחיישינן דשמא יבא לכותשן במכתשת שהיא אב מלאכה אמנם לסברת הרא"ש דפ' תולין ובפ"ק דביצה והרי"ף והרמב"ס והרמב"ן והרשב"א דס"ל דבשבת איירי ומותר ע"י שינוי קשה מה שהקשינו לעיל, וכעת אין בידי מה להשיב.

אחרי כתבי למרן הקדוש שכתב בסי' שכ"א עמ"ש הטור מותר לדוך פלפלין בשבת בקתא דסכינא וכו' כתב שם וז"ל וכתוב בשבולי הלקט בשם הרב ר"י אי איכא דק"ל כיון דכדרכו חייב משום טוחן ע"י שינוי להוי פטור אבל אסור. תשובה קתא דסכינא שינוי גמור הוא דבין מדוך של עץ למדוך של אבן הוי שינוי כדאיתא פ"ק דביצה וקתא דסכינא הוי שינוי גמור הלכך מותר לכתחלה כדאמרינן גבי בורר בנפה ובכברה חייב בקנון ובתמחוי דהוי שינוי פטור אבל אסור ביד דהוי שינוי גמור מותר לכתחלה עכ"ל יע"ש, הרי שהרב שבולי הלקט הקשה מעין קושיתינו וישבה. וכן נ"ל לס' הרי"ף והרמב"ס וסיעתם דאוקמוה היא דר"י דפ' תולין דמיירי בשבת כנז"ל ככ"ל, כ"ז כתבתי לפי מה שנלע"ד במושכל הראשון לאסור בנדון דידן ונמלא אני מחייב לרוב העולם בעשותם א' ממלות ה' אשר לא תעשינה. אמנם מאחר דקי"ל המלמד חובה חוזר ומלמד זכות על כן צריכין אנו ללמד זכות על מנהג זה שנהגו להתיר רוב העולם לדוך שומין בשבת ע"י שינוי ומלבד מ"ש רב אחאי כנז' בקונטר' שלפנינו עוד אוסיף נופך משלי, רק שצריך אני ליסוד שיסד אחי המאירי ה"י דכל מה שהוזכר בש"ס ובפוסקים ז"ל באיסור דיכת השומין בשבת הוא דוקא במתכוין להוציא מהן משקין לטבל בהן או לערב המשקה במאכל משא"כ בנ"ד דאין כונתו להוציא משקה מהן רק עיקר דיכתן הוא להניחן תוך המאכל לתת טעם כמש"ל בקונטריסו שלפני והוא יסוד אמיתי ונכון ועל יסוד זה בנה עליו היתר בדבר. אך הראיה שהביא מהא דאמרינן פ' חבית סוחט אדם אשכול של ענבים לתוך הקדרה וכו' אין דעתי שוה אליו בזה והיה לי מקום בזה לכתוב הדחיות שנלע"ד אלא מאחר שראיתי שהוא עלמו נר' ונדחה ראיה זו לכן משכתי את ידי מלכתוב הדחיות שיש בראיה זו יותר ממ"ש שם בקונטריסו.

ונקדים לבאר ההפרש שיש בדיכת השומין להוציא מהן משקים ובין דיכת השומין כשדכין אותם ליתן טעם בתבשיל, הנה מתורתו של הר"ן ז"ל למדנו ממ"ש בפ"ק דשבת על מתני' ושוין אלו ואלו שטוענין קורה בית הבד ועיגולי הגת שכתב עמ"ש בסוגיא שם על הך מתני' דעדויות השום ובוסר ומלילות שריסקן מבע"י וכו' פי' הר"ן לדעת הרי"ף וז"ל השום ובוסר ומלילות שריסקן מבע"י האי שריסקן כולל ריסוק ודיכה דשלש מלאכות יש בדברים הנידוכין להוציא מהן המשקין ריסוק ודיכה ושחיקה ומתני' איירי וכו' אבל הכא מיירי שריסקן בידים שפיר עד שהן מרוסקין ונידוכין ואין מחוסרין אלא שחיקה וקתני רבי ישמעאל אומר יגמור משתחשך כלומר יגמור ואפילו בידים וכו' מכלל דבריו למדנו דשלש מלאכות צריך לדברים הנידוכין להוציא מהן משקין ריסוק הראשון הוא מיעוך הפרי הנק' בלעז מאגוקאר והוא שממעכו ביד או בכלי כדי לעורר הלחות הכנוס בכל הפרי לצאת ולא ישאר שום לחלוחית בקלת הפרי, ואח"כ דכין אותו במדוכה כדי שילא הלחות לחוץ, ואח"כ השחיקה שהיא יותר מהדיכה כמ"ש רש"י ז"ל שם דף י"ט יע"ש, כדי שאם אפשר שלא נידוך יפה יפה ע"י דוחק השחיקה בכף או ע"י דבר אחר יולא כל לחלוחיתו ולא נשאר ממנו מאומה, וע"כ פסקו כל הפוסקים ז"ל בשום ובוסר ומלילות שריסקן מבעוד יום אם מחוסרין דיכה אסור לגמור דיכתן ר"ל שלא דכן יפה יפה מבע"י ואם מחוסרין שחיקה מותר לגמור שחיקתן בשבת והטעם דמאחר שנידוכו יפה והשחיקה היא ליתרון בעלמא ולכן מותר וכמ"ש הרמב"ס פכ"א והטור ז"ל סי' שכ"א יע"ש. נמלא שכל שלא נעשה בכל ג' מלאכות אלו אין כונתו להוציא מהן משקין וליכא למיחש שמא יבא לסוחטן דאסור משום מפרק דהוי תולדה דדש, וכיון שכן בנדון כנדון דידן שדך השומין דוקא ומניחין תוך האוכל שרי שהרי נזיסר מהן שתי מלאכות דהיינו רסיקה דמקמי דיכה ושחיקה דבתר דיכה אלא דכן בלבד ובדיכה בלחוד אין דרך להוציא משקין מהן וליכא למיחש לשמא יסחוט. אבל אסור לרסקן ולדוכן בשבת אפי' לערבן בתבשיל גזרה שמא ירסק וידוך וישחוק בשבת להוציא משקין ע"י סחיטה ואסור משום מפרק וכו' ובהכי ניחא מ"ש בש"ס פ' תולין דף ק"מ שום שריסקו למחר נותנו לתוך הגריסין ולא ישחוק אלא יערב ופסקו הרמב"ס ז"ל פכ"ב דין י"ב דדוקא כשריסקו מע"ש דהיינו ריסוק ודיכה או מותר ליתנו לתוך הגריסין בשבת אבל אם ריסקו ודכו בשבת לא. וא"ת אם כשריסקו ודכו מע"ש אמאי אמרו לא ישחוק אלא יערב, כבר נרגש בזה הה"מ ז"ל בפ"ג דין ב' בס"ד כתב וז"ל ואל יקשה בעיניך הדין הנז' בפכ"ב התחלתו שום שריסקו דהתם או במחוסר דיכה או איסור שחיקתו מפני תערובת הגריסין היא, ולפי מש"ל נ"ל כאו שני שהוא תערובת הגריסין ולא כאו קמא דמחוסר דיכה. ואגב גררא ראה ראיתי מה שהקשה הרב בעל מגן דוד בה' שבת סי' רנ"ב ס"ק ו' וז"ל שם באור וכתב הב"י דלדעת הטור היכא דיש היתר היינו אפי' לגמור בידים והוא דעת התום'. וראיתי מדכתב הטור סי' שכ"א שום ובוסר שריסקן מע"ש אם מחוסרין דיכה אסור לגמור דיכתן בשבת ואם אין מחוסרין דיכה אלא שחיקה מותר לגמור בשבת. ותמיהה לי דא"כ למה כתב כאן המשקין היוצאין מהן מותרים משמע אבל לא בידים אע"ג שנידוכו יפה ואין מחוסרין אלא שחיקה. ותו דבסי' ש"ך כתב ג"כ ואם נתרסקו מע"ש יפה מותרין המשקין מהן משמע ג"כ אבל לא בידים. ע"כ נלע"ד דהטור לא ס"ל כתום' בזה וכו' ומ"ש הטור בסי' שכ"א לשון יגמור לא בידים קאמר אלא כתב כלשון הש"ס וכפי' רש"י ז"ל דיגמור ר"ל דמאחר שריסקן ולברן בכובד יניחם בכלי וילאו מעלמן ומותר לכתחלה ולא יגמור פי' אסור להניחם מבע"י תחת כובדן כדי לגמור משתחשך, ה"ה ג"כ בדברי הטור עכ"ל ז"ל.

ולי הדיוט אחר המחילה רבה מעלמותיו הקדושים נלע"ד דהטור ז"ל ס"ל כס' התוספות וסיעתן דיגמור אפי' בידים וכמ"ש מרן הקדוש ז"ל מכח מ"ש בסס"י שכ"א שכתב ואם אין מחוסרין דיכה אלא שחיקה מותר לגמור בשבת דלגמור

שיתחכום לחתיכות גדולות קצת ושיאכלו לאלתר וכל כי האי גוונא נראה דלית ביה בית מיחוש לדברי הכל עכ"ל, ומינה דן אני בנ"ד שדיכת השומין לא תהא רק ריסוק בעלמא באופן שיהיו נראות חתיכות גדולות ולא ידוכו אותן דק דק ושיאכלו לאלתר וכל כה"ג שרי לדברי הכל.

בוכנא דהאי שמעתתא היא העולה להתיר דיכת השומין בשבת מכל הני טעמי תרילי דכתיבנא ואפי' בלי שינוי ומה שנהגו העולם לעשות שינוי בדיכתן היה נראה דחששו שאם יקלפו השומין תחלה יאח"כ ידוכו אותם חששו לדברי הירושלמי דאיכא תרי איסורי דש ובורר. ולכן חשו ועבדי שינוי דע"י שינוי שרי לכ"ע וראיה לדבר מסה"א דאמרינן בפ"ק די"ט המולל מלילות מע"ש למחר מנפח מיד ליד ואוכל וכו' ומפרש בש"ס דדוקא מע"ש אבל בשבת אין מוללין. וגרסי' בפ' מפנין תניא חבילי שאה אזוב וקורנית וכו' עד ומולל ואוכל ובלבד שלא ימלל בכלי דברי ר"י וחכ"א מולל בראשי אצבעותיו. וגרסי' בפ"ק די"ט כילד מולל, אביי משמיה דרב יוסף אמר הדא אחדא וכו' עד רבא אמר כיון דמשני אפי' חדא אכולהו נמי. ודעת הרי"ף והרא"ש והר"מ דאשבת קאי וכיון שהוא ע"י שינוי שרי, גם רבינו ירוחם כתב כן דמלילה שריא בשבת אפי' לפרק הזרע מהגבעולין וכ"ז פסקו מרן הב"י בא"ח סי' שי"ט באורך יע"ש. הרי דבמולל אף שהוא מפרק דהוי תולדה דדש מ"מ כל שהוא ע"י שינוי התירו. ובסי' שכ"א פסק מרן דמותר לדוך פלפלין בקתא דסכינא דכל שהוא ע"י שינוי מותר, וגם במלח כתב האגור דמותר לדוך מלח בשבת בקתא דסכינא. וכתב בשבולי הלקט הביאו מרן שם וז"ל אי איכא דקשיא ליה כיון דכדרכו חייב משום טוחן ע"י שינוי להוי פטור אבל אסור. תשובה קתא דסכינא שינוי גמור הוא וכו' עד וקתא דסכינא הוי שינוי גמור הלכך מותר לכתחלה וכו' יע"ש, ופסקו מרן בשולחנו הטהור סי' הנז' יע"ש. הרי דכל שהוא ע"י שינוי התירו דון מינה לשומין נמי דכל שהוא ע"י שינוי בקתא דסכינא ודאי דשרי לדברי הכל. ובזה אין שום סרך איסור כלל.

ועוד אני מוסיף שקודם ישימו המשקין תחלה בקערה ושוב ישימו השומין וידוכו אותם כי היכי דלהוי שינוי דומיא דשתיתא וכדכתיבנא לעיל. כל זה נשאתי ונתתי לדבר הלכה כתלמיד הדן לפני רבותיו אבל למעשה הדבר תלוי עד אשר יצא דבר המלך רבינו אליעזר הגדול ה"י אם זכיתי לכוין אמירה למעשה ישמח לבי גם אני כה דברי קטינא קטינא איש לעיר

ישראל מאיר מזרחי.

שאלה זו נשא רב אחאי משבחא מאת מו' ר' אליעזר הגדול ה"י והשיב ובא לו דרך ארוכה בפלפול בש"ס ובפוסקים ומצא כדי מדתו להתיר הדבר ושלח קונטרים תשובתו אלי אחוה דעי גם אני וזה החלי בס"ד.

תשובה ראה ראיתי דברות קדשיך ועלה בדעתי להתעסק בקדשים על כל קוץ וקוץ ונרתעתי לאחורי ומשכתי את ידי כי מעודי עד היום לא חפלתי באלה כי אם דוקא בעסק הדין הנוגע לנדון, הנה במושכל הראשון נראה דאין התר בדבר שהרי כונת דיכה זו שדכין השומין ע"י שינוי הוא כדי להוציא לחותן והלחות היוצא מהן הן הן אקראין משקין וכמ"ש הרמב"ם בפי' המשנה דמס' עדיות פ"ב משנה ששית על מה שנחלקו ר' ישמעאל ור' עקיבא בשום ובוסר ומלילות שריסקן מבעוד יום יע"ש, וכיון שדרכן בכך דמו לזתים וענבים שאסור לסוחטן בשבת מן התורה משום מפרק דהוי תולדה דדש כמבואר בהרמב"ם ובכל הפוסקים יע"ש, וכ"כ בשבולי הלקט הביא דבריו מרן הקדוש ז"ל בב"י א"ח סי' ש"ך וז"ל וכתוב בשבולי הלקט כתב הרב ר"י כל שדרכו בסחיטה כגון תפוחים שמוציאין מהן יין וכן לימונים הדשים שסוחטי אותם למימיהם אסורים דדמו לרמונים ומהרר"י בר רבי בנימין כתב נראה דמותר לסחוט הלימונים דלא דמו לשום ובוסר ומלילות דהני דרכן בכך והוו דומיא דזתים וענבים שהרי רגילין לסחוט הבוסר לצורך הקיץ וגם השום דרכו בכך כדאמרינן שום שריסקו מע"ש, אבל הלימונים דומין לפגיעין ופרישין דאין דרכן בכך ומותר וכו' הרי בהדיא שכתב דשום דמי לזתים וענבים דאסור לסוחטן בשבת כיון שדרכן בכך. ואף לדברי הש"ס דפ"ק דשבת דף י"ט דמשמע דשום זה שנחלקו בו ר' ישמעאל ור' עקיבא הוא להוציא ממנו משקה ממש, וכמ"ש רש"י ז"ל בפי' יגמור ולא יגמור וכן הוא דעת התוס' שם אלא שנחלקו בפירוש יגמור או לא יגמור דלפי' רש"י ז"ל יגמור ר"ל שינית טעינה הכובד עליהם מע"ש ולא יסלקנו מעליהם קודם שקדש היום ולא יגמור ר"ל שיסלקנו. ולפי' התוס' ר"ל יגמור סחיטתן בידים מאחר שריסקן מבעוד יום ויאכל בשבת יע"ש, מ"מ כל אפיא שוין דשום זה שנחלקו בו התנאים הוא להוציא משקה ממש מהן לטבל בו, וא"כ כ"ד דאין כונתו להוציא משקה משום זה יהיה מותר וכמ"ש אחי המאירי ה"י דליתא דהא ודאי בנ"ד כונתו בדיכה זו לכשילא לחות שומין הללו שהן המשקין הכנוס בתוכן ויתפשט במרק המשקין היוצא מהן ומה בין זו לזו דאם הנתתן במאכל הוא כדי ליתן טעם באוכל מה לו לדוכן, יחתוך השומין תוך האוכל ויתנו טעם בתבשיל או במאכל. אלא דע"כ לומר שכונת הדיכה היא לכשילא הלחות שהוא המשקה ויתפשט במאכל ועוד דאסור להטריח את עצמו לדוכן בשבת ע"י שינוי דהא קי"ל כרב יהודה דפ' מי שהחשיך דף קנ"ה דאמר רבא מ"ט דר"י קסבר שווי אוכלא משוינן מטרח באוכלא לא טרחינן ופי' רש"י ז"ל ד"ה וה"ק מתירין פקיעי עמיר דכל זמן שהוא קשור לאו אוכלא ומתירו לשווי אוכלא ומשום צער בהמה שרי אבל פיספום לא דסגי ליה בהתרה והתעביד אוכלא ופספוסין לתענוג בעלמא הוא ומטרח באוכל בדבר שהוא כבר אוכל בלא היקון זה לא טרחינן עכ"ל, ופסקו הרמב"ם ז"ל בפכ"א דין י"ח ואע"ג שהרב המגיד כתב שלא מצא ידיו ורגליו בדין זה והניח הדבר בצ"ע מ"מ מרן ז"ל שם טרח בעשר אצבעותיו וישב שפסק כאוקמתא דר' יהודה יע"ש, הרי דבדבר שהוא אוכל בלא תיקון זה דדיכה דנ"ד לא טרחינן ואסור לו לטרוח כיון דיכול לאכול המאכל בלא טרחא זו דדיכה דאם הוא כדי ליתן טעם באוכל יחתוך השומין באוכל וסגי, ותו דאם איתא דיכול לדוך השומין בשבת ע"י שינוי למה לא הזכירוהו הפוסקים ז"ל דהא חזינא דלא איסתמיט שום פוסק להזכירו כדרך שהזכירו תיקון זה במלח כמ"ש הרמב"ם פכ"א והטור ז"ל סי' שכ"א וז"ל תין כותשין מלח במדוך של עץ אבל מרסק הוא ביד של סכין ובעץ הפרור ואינו חושש, ובפלפלין כתב מותר לדוך פלפלין אפילו הרבה יחד והוא שידוכם בקתא דסכין ובקערה עכ"ל, וכתב המג"א ז"ל דבחד שינוייא דמשנה סגי דכן משמע בש"ס יע"ש ועיין בב"י שם ואילו גבי שום לא הזכירו תיקון זה אלא כתבו שום שדכו מע"ש למחר נותנו לתוך פול וגריסין ולא יטרוף אלא מערב עכ"ל שם, ואילו היה מותר ע"י שינוי לא היו נמנעין מלהזכירו ולומר שאם לא דכם מאתמול שמותר לדוך אותם ע"י שינוי כדרך שהזכירו תיקון זה גבי פלפלין ומלח, והטור סי' שכ"א כתב שום ובוסר וכו' אם מחוסרין דיכה אסור לגמור דיכתן בשבת וכו' ואם איתא דמותר על ידי שינוי מה לו להזכירו, והחילוק שבין הנושאים כר' לעין שכיון שהשומין הם מחלק המין ממיני הפירות שהן למשקין כרמונים וכיוצא לכן לא ראו לתקן תיקון זה משום דחיישינן שמא

ראוי לאכילה אבל בוסר שאינו ראוי לאכילה ואפי' האוכלו בטלה דעתו הוי כבורר אוכל מתוך פסולת יע"ש, הרי דאף דאסרינן סחיטת ענבים מ"מ כל שסוחט לתוך הקדרה שרינן, ולדעת הר' יוסף גם בבוסר חד דינא אית ליה. אמור מעתה בנ"ד דשרי לדוך שומין לתוך הקדרה מהך טעמא גופא דמוכחא מלתא דלאו למשקה עביד לה אלא לאוכל ואין זה אלא כמפריד אוכל מאוכל דומיא דאשכול ענבים. ואפי' לס' ר"ת שחלק עם הר' יוסף בענין בוסר נראה לי דהכא יודה דשרי דהא כל טעמו שחלק עם הר' יוסף היינו משום שהוא עצמו אינו ראוי לאכילה. אבל בשומין שהן עצמן ראוין לאכילה חזר הדין לדמותו לאשכול ענבים דשרו לתוך הקדרה ה"נ בשומין שרי לכותשן בתוך הקדרה דחד טעמא אית להו, אלא דלפי זה נמצא דאין התר לדוכן אלא לתוך הקדרה אבל לא לתוך הקערה. ואפשר לומר דבשומין אפי' בתוך הקערה שרי דהא טעמא דאמרינן באשכול ענבים אסור לתוך הקערה פירש"י משום דזימנין דלמשקה קאי ואע"ג דלא שתי אינש בקערה לא מוכחא מלתא, והרואה יראה דהך טעמא שייך בענבים דוקא משום דארחייהו למשקין הם עומדין אבל בשומין דלאו ארחייהו למשקין כל שמרסקן באופן הנר' לעין דבעי להו לאכילה ומשימן מרוסקין בתוך הקדרה שרי דהו"ל כמפריד אוכל מאוכל וכדין אשכול ענבים דשרי לתוך הקדרה.

ועם כל זה לבי מהסס להתיר, חדא דשומין איכא לדמותן לבוסר שאסר ר"ת מטעם שאינו ראוי לאכילה ה"נ בשומין. ועוד דאפי' שנדמהו לאשכול ענבים היינו דוקא לתוך הקדרה אבל לא לתוך הקערה. ועוד דבשלמא בענבים איכא טעמא דמשקה הבא לאוכל הוי כאוכל, משא"כ בשומין דאילו יצוייר שהיינו מחתכין השומין בסכין לחתיכות דקות לתוך האוכל אז היה נד להתירן מטעם דהוו כאוכל אבל לדוכן בכלי בפע"ן ושוב להניח לתוך האוכל אכתי ליכא למשמע מהכא להתיר בנ"ד דבשלמא אם השומין היה שוחק אותן להוציא מימיהן אז ודאי דלא היה נד להתיר אלא דוקא לתוך הקדרה שיש בה אוכל אבל לא לתוך הקערה אמנם מאחר שאין דיכת השומין למימיהן רק עיקר דיכתן היא ליתן טעם במאכל כל שאין גומר דיכתן אלא מרסק אותן מוכחא מלתא דלאכילה בעי להו ושרי, ולכן נראה לי דלצאת ידי ספק יניח מרק בתוך הקערה ואז ידוך השומין בתוך הקערה שיש בה מרק ושרי דדמי למ"ש מרן הב"י בסי' ש"ך על מנהג מצרים שנהוג לסחוט לימונים לתוך מים שנתנו בהם סוקאר ולא ראינו מי שמיחה בידם וכתב מרן ז"ל ואפשר דלא מתסר אלא כשסותין מי סחיטת הפרי בלא תערובת משקה אחר, אי נמי דלא מתסר אלא כשסוחטין מימיו לבד ואח"כ מערב אותם אבל אם המנהג לסחוט מימיו לתוך משקה אחר שרי עכ"ל. ומינה כל שדך השומין תוך המרק שבקערה יש להתיר מהני טעמי הנז'. ורבינו ירוחם ז"ל נתיב י"ב חלק ה' כתב וז"ל ושום שרסקו בשבת אסור לתת לתוכו משקין ולא התירו לתת לתוכו משקין אלא כשרסקו מע"ש וכן נראה מהירושלמי עכ"ל. והגם דמזה נראה דכשרסקו בשבת אסור מ"מ היינו דוקא לתת המשקין אחר הריסוק אבל כל שנותן המשקין תחלה ושוב מרסק אותן יש להתיר מהטעמים שהזכיר מרן בענין התר סחיטת לימונים לתוך מי הסוקר הוא הדין והוא הטעם להתיר שחיקת השומין לאחר שנתן המשקין כנלע"ד ועוד יש לדמותו לשתיתא שפסק המח"ח סי' שכ"א דע"י שינוי שיתן קמח תחלה ואח"כ חומץ שרי וכן פסק הר"מ בפכ"א מה' שבת דע"י שינוי שרי, ה"נ דכותה כל שנותן המשקין תחלה ושוב נותנין השומין ודכין אותם הו"ל שינוי ושרי דומיא דשתיתא כנ"ל.

עוד נ"ל טעם אחר להתיר בנ"ד והוא ממ"ש מרן הב"י סוף סי' שכ"א וז"ל גרסי' בירושלמי פ' כלל גדול האי מאן דשחיק תומא כד מפרך חייב משום דש כד מתבר בקליפיה חייב משום בורר וכתבו סמ"ג וסמ"ק והתרומה דאפ"ה אין לאסור לקלוף שומין ובצלים לאכול לאלתר דההיא דירושלמי לא איירי בקולף לאכול לאלתר אלא בקולף להניח כמו שפר"ח וכ"כ הגהות בפכ"ב עכ"ל. ופסקו מור"ם בהגהה יע"ש. גם לעיל מיניה בסי' הנז' אההיא דאמר, פ' כלל גדול אמר ר' פפא האי מאן דפרים סלקא חייב משום טוחן הביא מרן ז"ל דברי הרשב"א שכתב דהיינו דוקא במחתך כדי לאכלו למחר או אף לבו ביום ולאחר שעה וכו' הא לאכלו מיד שרי שלא אסרו על האדם לאכול מאכלו חתיכות גדולות או קטנות וכדאמרינן פ' כלל גדול היו לפניו שני מינין וכו' דאלמא כל שאוכל לאלתר כדרך שבני אדם אוכלין אעפ"י שיש באותו נד בעצמו חיוב חטאת כשמניח לאחר זמן ואף לבו ביום מותר וכתבה הר"ן פ' כלל גדול. וגם מרן הב"י הסכים בזה לדעת הרשב"א יע"ש. הרי דכל שבורר לאכול מיד ליכא איסור כלל, ועל פי זה הותרה תמיהה א' שתמה במג"א בסי' ש"ך ס"ק ז' על סחיטת הבוסר לתוך האוכל דר"ת אסר שכתב הע"ש דיש להזהיר לסחוט לצורך אותה סעודה. וכתב עליו במגן אברהם דלא דק דאטו מי שרי לעשות מלאכה כדי לאכול לאלתר וכו'. ולעד"ן דאין זה כדאי לסתור דינו דהלא כל הטעם שחלק ר"ת על הר' יוסף היינו מטעם דהואיל דבוסר אינו ראוי לאכילה הוי כבורר אוכל מתוך פסולת, וכיון שכן שפיר קאמר הע"ש דלאלתר שרי דהלא בבורר אוכל מתוך פסולת כל שהוא לאלתר שרי ה"נ דכותה. והרי קליפת שומין דאסר הירושלמי משום בורר ואפ"ה התירו הסמ"ג והסמ"ק והתרומה כל שהוא לאכול לאלתר, גם בחתיכת הירקות דמחייב משום טוחן אפ"ה התיר הרשב"א לחתוך הסלאטה כל שהוא לאכול לאלתר ה"נ בבוסר דכותה ולא ידעתי איך דחה דברי הע"ש. והן אמת שמה שהקשה עליו מההיא דאיסור חליבת העז בשבת שכתב הר"ן דטעמא הוי משום בורר אוכל מתוך פסולת ואם כדבריו יהא מותר כדי לאכול לאלתר. הא ודאי לכאורה דבר מתמיה הוא. אבל הנראה ישוב לזה דשאני התם דהעז לאו בר אכילה הוא כלל ולא חזי לשבת ולכן אסרו משא"כ בההיא דבוסר דהא מיהא איכא קצת בני אדם דאכלי ליה בעיניה והגם דבטילי במיעוטיהו כדכתב ר"ת, מ"מ לא דמי לעז דלאו בר אכילה היא כלל בשבת ולכן אסרו לחלוב. וא"כ חזר הדין דבבוסר הואיל והא מיהא איכא מאן דאכיל ליה לכך יש להתיר לסוחטו לתוך הקערה כל שהוא לאכול לאלתר כנ"ל דעת הע"ש.

הדרן למאי דאתינא עלה לדון בנ"ד שהרי אף דהירו' אסר לקלוף שומין משום בורר מ"מ כתבו הסמ"ג והסמ"ק דכל שהוא לאכילה לאלתר שרי, גם בחתיכת ירק הגם דאסור משום טוחן מ"מ כדי לאכול לאלתר שרי. אמור מעתה דגם במה שאסר הירושלמי לשחוק שומין משום דש יש לנו לומר דלא אסר אלא למחר או לבו ביום ולאחר שעה, אבל לאכול לאלתר אפשר לדון דשרי דומיא דקליפת שומין דלאלתר שרי, זאת לא זאת דלא אסר הירושלמי שחיקת שומין משום דש היינו דוקא כששוחק להוציא מהן משקין דאז הוי תולדה דדש משום דמפרק המשקה מהם וכ"כ הרב הלבוש סי' ש"ך דין ט"ו בדין הסוחט בגד להוציא מים שאינו חייב משום דש שאין שייך דישה אלא היכא שהוא צריך למשקה יע"ש. אמור מעתה דמה דאסר הירושלמי שחיקת שומין משום דש היינו בשוחק להוציא משקין אמנם בנ"ד דאין צריך למשקין רק עיקר דיכתן לתת טעם במאכל דכל שהוא לאכול לאלתר שרי דומיא דירקות שהתיר הרשב"א כל שהוא לאכול לאלתר. וראה ראיתי למרן הב"י בסי' שכ"א בההיא דסלאטה שהתיר הרשב"א סיים בהו מרן ומ"מ נכון הדבר להזהיר

שיחתכום

וכתב הר"ן שהקשו עליו דהא דרבה בב"ח פליגא אדריב"ח וכו' והוא ז"ל תירץ וכו' דלרבא בב"ח כשהם מרוסקין ונידוכין ואינם מחוסרים אלא שחיקה יגמור בידים לרבי ישמעאל ומינה נשמע דכשהם מחוסרין דיכה ושחיקה מאחר שהם מרוסקין כגוונא דמתני' דשרו ע"י טעינה וכן פי' ה"ה בפ"ג דברי הר"מ עכ"ל מרן הב"י. והנה הוא עבדה דסגידנא קמיה ולחיכנא עפרא מכותי מרן ז"ל דבריו ז"ל שנבו מני דהיאך יחס דברי הר"ן לדברי ה"ה ז"ל והרואה יר' דאין זכרון בדברי ה"ה מדברי הר"ן כלל ואין להם יחס אפי' כאצבעא לקירא. גם במה שרלה ליחס דברי הרב המגיד להר"ן ז"ל לא ראיתי שום זכרון מזה בדברי הר"ן כלל, ויותר יגדל התימה שהוא הביא דברי הר"ן בלביונן ודברי ה"ה וא"כ איך יחס דעת שניהם יחד, ולדעתי דעת הדיוט רב המרחק ביניהם כמחמתן לטבריא ולא ראיתי מי שנרגש עליו מזה בשום אחד מהמחברים ולא מלאתי מקום אלא לתלות החסרון בקולר הסגתי.

ואמרתי אני אל לבי אפשר שדעת מרן הקדוש להבליע בנעימה דברי הר"ן בכונת דברי הרב המגיד שמ"ש הרב המגיד שדעת ריב"ח היא דכי היכי דשרי רבי ישמעאל מחוסר שחיקה הכי נמי שרו ב"ש טעינה מבע"י כונתו כמסכת לדעת הר"ן דקאמר דמדהתיר ר' ישמעאל שחיקה ולא גזר אטו דיכה ש"מ דס"ל דבמחוסר דיכה נמי אי עביד להו בידים לא מחייב חטאת מינה נשמע למתני' דהיינו טעמא דשרו ב"ש טעינה מבעוד יום משום דס"ל דליכא למגזר דילמא אתי למעבד דיכה משום דאי נמי עביד לה בידים לא מחייב חטאת. וזהו שכתב ה"ה דכי היכי דשרי ר"י שחיקה בידים ה"נ שרינן במתני' טעינה פי' ולא גזרינן אטו דיכה משום דאי נמי עביד דיכה בידים לא מחייב חטאת וז"ש ה"ה שדרך דמיון הוא לומר דבגוונא דמיירי רבי ישמעאל לא מיירי מתני' ממש דאלו ר"י במחוסרין שחיקה התיר ואילו מתני' במחוסרין דיכה היא ועכ"ז לא גזרו מאחר דליכא חיוב חטאת כנ"ל שהבין מרן ז"ל תוכן כונת דברי ה"ה ולזה יחס ס' ה"ה לסברת הר"ן דשוין הם כאמור.

ואת זה חזיתי להב"ח א"ח סי' רנ"ב ס"ק ט' עמ"ש הטור בבוסר ומלילות שנתרסקו מבע"י וכו' מותרים המשקים היולאים מהם דמאחר דמיירי שנידוכו היטב למה אמר דהמשקין היולאים מהם מותרים הלא אף לסחוט בידים מותר, ועוד הקשה על הטור שהביא דין השומים בסי' שכ"א ולמה חילק הדינים מחלה כאן ומחלה כאן. ומכח זה העלה דכאן מיירי בשום ובוסר ומלילות שריסקן להוליא משקין דאפי' נידוכו היטב בע"ש ואין מחוסרין אלא שחיקה אין להתיר לסחוט בידים אלא דוקא המשקין היולאין מהם, אמנם בסי' שכ"א לא מיירי בדכן להוליא משקין אלא בדכן לעשותן כעין דייסא ולאוכלן בעינייהו ובהנהו יגמור שחיקתן אפי' בידים דליכא למגזר בהו כלל, וכתב דר' ישמעאל דאמר יגמור מיירי בכולהו גווני בין בדכן להוליא מהן משקין ובין בדכן לעשות תבשיל כעין דייסא דכשהוא להוליא משקין יגמור פירושו יניח שיגמרו וילאו המשקין בהם ויאכלם בשבת. וכשהוא דכן לעשותן תבשיל אז שרי לגמור אפי' בידים אלו תורף דבריו יע"ש. ולי הלעיר קשיא לי בגויה דאם איתא דרבי ישמעאל מיירי גם בדכן לעשותן אוכל כעין דייסא א"כ כי פריך הש"ס ריב"ח מ"ט לא אמר כר"א ומשני התם דמעיקרא אוכל ולבסוף אוכל אבל הכא דמעיקרא אוכל ולבסוף משקה אימא לא, ולפי דברי הב"ח הלא גם ר' ישמעאל מיירי בדכן לעשות אוכל והו"ל מעיקרא אוכל ולבסוף אוכל וא"כ מה טעם מוקי לה כר"י ולא כר"א, וכד דייקי' שפיר לא קשיא כלל דשפיר קאמר הש"ס דאלו לר' ישמעאל תרתי שמעי' מינה בין בדכן לעשותן משקין ובין בדכן לעשותם אוכל משא"כ לר"א דלא מיירי אלא בדכן לעשות אוכל לבד והיינו ההיא דחלות דבש וק"ל. אך מאי דקשיא לדברי הב"ח הוא דאם איתא דבדכן לעשותן אוכל שרי לגמור בידים. א"כ כדפריך לריב"ח מ"ט לא אמר כר"א הי"ל לתרץ דאי מההיא דחלות דבש לא שמעינן דשרי לגמור בידים דהא תנן חלות דבש וכו' וילאו מעלמן וכו' ור"א מתיר אלמא דלא התיר ר"א אלא המשקין שילאו מעלמן אבל לגמור בידים לא. ולהכי מוקי לה כר' ישמעאל להשמיענו כשדכן לעשותן אוכל דשרי לגמור אפי' בידים. והך שינויא ניחא טפי ממה שמתרץ ודחיק הש"ס לומר דריב"ח בריתא לא שמיע ליה. איך שיהיה למדנו מדברי הב"ח דבשום ובוסר ומלילות העשוי למשקין המשקין היולאין מהם מותרים אבל לסחוט בידים אסור, ובשום שדכן לעשותן אוכל מותר לגמור שחיקתן בידים, והוא הוא אשר אנו קורים אותם אזאדה בלעז שכל שגמר דיכתן מע"ש מותר לגמור השחיקה בשבת.

היוצא מן המחובר דבשום ובוסר ומלילות שריסקן מע"ש אם מחוסרין דיכה אסור לגמור דיכתן בשבת ואם אין מחוסרין אלא שחיקה מותר לגמור בשבת וזה רוב הפוסקים הרי"ף והר"מ והרא"ש והטור ז"ל, ולא נמלא חולק בזה זולתי הרשב"א והרז"ה והראב"ד ולדעת ה"ה גם הרמב"ן גלוה עמם דסברי מרנן דאפילו במחוסרין דיכה שרי לגמור דיכתן בשבת. ומעתה לכאורה בנ"ד נר' לאסור לכ"ע לא מיבעייא לדעת הרי"ף ודעימיה דפסקו דבמחוסרין דיכה אסור דודאי לדידהו יש לאסור בנ"ד לדוך השומים בשבת. אלא אפי' לס' הרשב"א ודעימיה שהתירו במחוסרין דיכה בנ"ד יודו דאסור. יען דע"כ לא התירו אלא דוקא בשום ובוסר שריסקן מע"ש שהרי הם מרוסקין אבל בנ"ד שאינם מרוסקין כלל בהא ודאי גם הרשב"א ודעימיה אולי ומודו לאסור כן היה נראה לדון לאסור לכאורה.

האמנם אחר ההתבוננות היטב נר' דאין מכל זה ראיה לאסור בנ"ד וכחא דהתירא עדיף למשרי שחיקת השומין בשבת מכמה טעמי תרילי שנכתוב בס"ד. והלא זה ילא ראשונה דהרואה יראה דהא דשום ובוסר שהזכרנו אינה ענין לנ"ד דהתם מיירי בבא להוליא מהם משקין וכמשפ"י רש"י בש"ס וכ"כ כל הפוסקים והדבר מוכרע מהסוגיא דלענין משקין אתמרא דהא כי אקשי' וריב"ח מ"ט לא אמר כר"א ומשנינן התם דמעיקרא אוכל ולבסוף אוכל אבל הכא דמעיקרא אוכל ולבסוף משקה וכו' הרי להדיא דמיירי בדיכת השום והבוסר להוליא מהן משקין ולטבל פתו בהן ולזה הוא דאמרינן דדין השום והבוסר וזתים וענבים שוים הם דדוקא בנידוכו מע"ש שרי לגמור בשבת אבל במחוסרין דיכה אסור, אבל כיולא בנ"ד דאין דכין אותם להוליא משקה רק עיקר דיכתן הוא כדי להניחן תוך האוכל שיתנו טעם באוכל כל כי הא נר' דיש להתיר. ודוגמא לדבר הרי מלאנו דזתים וענבים שהתירו ב"ש וב"ה לטעון קורה מע"ש דוקא בנידוכו מע"ש ואז יגמור בידים אבל לסחוט זתים וענבים בשבת אסור. וכדתנן אין סוחטין את הפירות להוליא מהן משקין וזו הלכה רווחת. ועכ"ז אמרינן בפ' חבית אמר רב יהודה אמר שמואל סוחט אדם אשכול של ענבים לתוך הקדרה אבל לא לתוך הקערה ופי' רש"י לתוך הקדרה של תבשיל לתקנו דמוכחא מלתא דלאו למשקה בעי ליה אלא לאכול ואין זה דרך פריקתו אלא כמפריד אוכל מאוכל אבל לא לתוך הקערה דזימנין דלמשקה קאי ואע"ג דבקערה לא שתי אינש לא מוכחא מלתא ואיכא איסור. וכל הפוסקים פסקו כן דאפי' בשבת התירו וכ"כ הרי"ף והר"מ והרא"ש והטור א"ח סי' ש"ך גם הביא משם הר' יוסף דגם מותר לסחוט בוסר לתוך הקדרה אלא דר"ת חלק עליו דלא דמי לאשכול ענבים שהתירו משום שהוא עלמו ראוי

בענבים וזתים שלימות מיירי שטענן בקורת בית הבד דהטעינה אינה אלא מרסקת בלבד ואכתי מחוסרי דיכה והיא הסחיטה לדעת ר"א ולהכי לא מוקי לה כר' ישמעאל כנ"ל נכון ישוב בדברי רש"י ודלא כהריטב"א ז"ל שדחה פירש"י דמתני', ולפום מאי דכתיבנא אלו ואלו דברי אלקים חיים וליכא מלתא וקשוט, ואשר העלתי לעיל דרש"י אזיל לשיטת הרא"ש עיין בשלטי שהשוה דעת רש"י להרא"ש ז"ל יע"ש.

המתבאר בדברי הרמב"ן הוא שדעתו ז"ל כדעת ההלכות מדמהדר לאוקומי דבריו ובמחסו' דיכה אסור וכר' יוחנן ושגם ר' ישמעאל ס"ל כן וכולהו הלכתא נינהו, מיהו הרשב"א בחידושיו כר' הפך דברי ההלכות שכתב אהא דאמר ר"י במחוסרין דיכה כ"ע לא פליגי וכו' ודאי ריב"ח דאוקמה למתני' כר' ישמעאל לית ליה דר' יוחנן וקי"ל כריב"ח דעביד עובדא כר' ישמעאל ומעשה רב והתימה מן הרב אלפסי שהביא הא דריב"ח יהא דר' יוחנן וכו' עד וזו מן התמו' שהשיב עליו הראב"ד ז"ל עכ"ל, הרי לך שדעת הרשב"א לפסוק כריב"ח דאפי' במחוסרין דיכה שרי ודלא כר' יוחנן.

ובכן ראיתי דברים קשין בדברי הרב המגיד בפ"ג דשבת דין ב' עמ"ש הר"מ וטוענין קורת בית הבד כתב דיש מי שהקשה על דברי רבינו דאמאי לא חילק בין מחוסרין דיכה למחוסרין סחיקה ותירץ ה"ה במה שהקשו על ההלכות איך הביאו דברי ר' יוחנן והם חולקים על ריב"ח, ומכח זה פסקו כריב"ח שהעמיד מחלקותם אפילו במחוסרין דיכה ומתני' כר' ישמעאל והלכתא כותיה אלו דבריהם ז"ל וזה דעת הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל עכ"ל, ואנא הוא עבדא דסגידנא קמיה לא ידעתי היאך כתב בעד הרמב"ן ז"ל שדעתו כהרשב"א ז"ל, הלא הרמב"ן ס"ל כדעת ההלכות, ולולי כי ירא אנכי היה כ"ל להגיה במקום הרמב"ן היה כתוב הראב"ד וטעות נפל בדפוס ועכ"ז לא מלאני לבי לשלוח יד להגיה לס' אזהרת ר"ת הידועה לנו דשמא מלא שיטת הרמב"ן שהיה כתוב בה כהרשב"א ולפניו נגלו תעלומות ספרי הקודמים. והגיא שכתב הרמב"ן במלחמותיו אינה סברת עצמו רק ליישב דעת ההלכות אמרה וליה לא ס"ל.

וכתב הר"ן ז"ל אסוגיין הנז' שום שרסקן האי שרסקן וכו' ובמתני' איירי בשלא עשה בהן מבעוד יום אלא ריסוק וכו' אבל הכא מיירי שריסקן בידים שפיר וכו' וקתני ר' ישמעאל אומר יגמור וכו' כלומר יגמור אפי' בידים ומינה ילפינן דלר' ישמעאל במחוסרין דיכה נמי וכו' לא מחייב חטאת דאי הוה מחייב חטאת לא היה לר"י למשרי בשאין מחוסרין אלא סחיקה והו"ל למגזר אטו מחוסרין דיכה ומדלא גזר ש"מ דס"ל דבמחוסר דיכה נמי דומיא דמתני' אי סחיט להו בידים ליכא חיוב חטאת ומשום הכי קתני מתני' דאפי' לב"ש טוענין וכו' אפי' עביד בידים לא מחייב חטאת וכו' עד והרז"ה הקשה על הרי"ף ז"ל שהביא להא דרבא וכו' דבגמ' משמע דפליגא אדריב"ח ובמה שפירשנו נתקיימו דברי הרב אלפסי ז"ל עכ"ל יע"ש.

ואני בעניי הכינותי אל לבי להבין אמרי קדוש הר"ן ז"ל כי לפי קולר השגתי לא יכולתי להלום היאך כפי שיטתו בהלעת השמועה כלולנו מתמיהת הרז"ה דאיברא דלשיטתו הדבר יולא דריב"ח ס"ל דלר' ישמעאל במחוסרין דיכה לא מחייב חטאת אבל איסורא מיהא איכא. ברם אכתי יקשה דא"כ למה ר"א אישתמיט מאוקמתת ריב"ח דמוקי לה כר' ישמעאל ממ"ש רבי יוחנן דבמחסורין דיכה כ"ע לא פליגי ומתני' כמחסורי דיכה דמי דמה בכך דאמו ריב"ח נמי איהו ניהו ידע דמתני' במחסורי דיכה איירי ואסור. מיהו כל מה דמיקי לה כר' ישמעאל היינו לענין דאי עביד ליה בידים חיוב חטאת ליכא ואמטו להכי ב"ש התירו בטעינה מאחר דאי"א חיוב חטאת ולעולם דאיסורא איכא במחוסרין דיכה כדקאמר ר' יוחנן וא"כ שפיר מתוקמא מתני' כרבי ישמעאל ומה טעם לר"א דלא אוקמא כר' ישמעאל. הא אין עליך לומר אלא דר' אלעזר ס"ל דבמחוסרין דיכה אפילו איסורא ליכא ופליג אריב"ח ואמטו להכי מהדר לאוקומא כר"א ן' פדת שהתיר בזתים וענבים וחלות דבש המשקין היולאין מהם דלגמרי משמע ואפי' איסורא ליכא ואמטו להכי נייד ר' אלעזר מלאוקמא כר' ישמעאל מאחר דלר"י איסורא איכא וא"כ כיון דהא מיהא איסורא איכא היאך התירו ב"ש וב"ה במתני' ולא חשו לאיסורא ונמלא לפי זה דלר"א במחוסרין דיכה אפי' איסורא ליכא ופליג אדריב"ח וטעמו ונימוקו עמו כאמור והנה כי כן הדרא תמיהת הרז"ה על הרי"ף לדוכתא דמאחר דהרי"ף בפ' חבית פסק כר"א בחלות דבש ובזיתים ובענבים אלמא דהפי' במחוסרין דיכה שרי והיאך כאן פסק לדר' יוחנן דבמחוסרין דיכה אסור דנמלאו תרי פסקי הרי"ף דפלגן בהדייהו. ולא ידענא היאך סבור הר"ן דלפי שיטתו אזדו להו תמיהות הרז"ה ז"ל ובעיני התמיהות הללו כדקאי קאי לא זזו ימין ושמאל.

ואשר אני אחזה לי בישוב דלריך לומר אליביה דריב"ח ור"א פליגי בפי' דברי ר' יוחנן דאמר במחוסרי דיכה כ"ע לא פליגי דריב"ח ס"ל דהיינו לומר דבמחוסרין דיכה איסורא איכא חייב חטאת ליכא והילכך מוקי למתני' כר"י דאמר דאי עביד דיכה בידים ליכא חיוב חטאת הילכך שרו ב"ש וב"ה טעינת הקורה מבעוד יום מטעם דהואיל ואי עביד דיכה בידים ליכא חיוב חטאה לא גזרו ושרו. אבל ר' אלעזר ס"ל דבמחוסרין דיכה לדעת ר' יוחנן חיוב חטאת נמי איכא וכיון דמתניתין במחוסרין דיכה היא לא מלינן לאוקומא כר' ישמעאל דא"כ הי"ל לגזור ב"ש במתני' הואיל וחיוב חטאת איכא לכן מוקי למתני' כר"א דאליביה איסורא איכא ולא חיוב חטאת ואל יקשה עליך לדעת ר"א דס"ל דכי קאמר ר' יוחנן במחוסרין דיכה כ"ע לא פליגי דלחיוב חטאת אתמר דא"כ במחוסרין סחיקה למה התיר ר' ישמעאל הי"ל לגזור סחיקה אטו דיכה. זו אינה קושיא, שהרי כתבו התוספות דסחיקה אטו דיכה לא גזרינן דלא אתו למיטעי וכדכתיבנא לעיל בטוב טעם ודעת. ולפי זה נמלא דבמחוסרין דיכה לכ"ע ס"ל איסורא איכא ובזה עלו ובאו דברי הרי"ף על נכון מיוסדין על אדני אמת ולדק כנלע"ד בביאור דעת הר"ן ז"ל והמעיין יבחר.

והרב המגיד פ"ג מה' שבת דין ב' הרבה להשיב בעד ההלכות והר"מ ליישב לתמיהת הרז"ה הלזו ותורף דבריו דמאי דאוקי ריב"ח מתני' כר' ישמעאל בדרך דמיון היא לומר דכי היכי דשרי ר' ישמעאל מחוסר סחיקה לגמור ה"נ שרו ב"ש לטעון מבעוד יום אפי' דמחוסרין דיכה הואיל וטעינתן מבעוד יום ובשבת לא עביד מידי אלא מאליו הוא זב, ולעולם דמחוסרין דיכה בשבת ס"ל לרבי ישמעאל דאסור אמנם ר"א מוקי לה כר"א לפי דהוי ממש דומה בדומה למתני' זהו תורף דבריו יע"ש. ול"ל דס"ל דמ"ש בש"ס וטעמא דר"א לא אמר כריב"ח משום דהיא דר' יוחנן דאמר במחוסרין דיכה כ"ע לא פליגי וכו' ומשנתנו כמחוסרין דיכה וכו' היינו לומר דריב"ח ס"ל דטעמא דמתני' דהתיר הטעינה מבעוד יום אף דמחוסרין דיכה היינו להיותה מבע"י דהו"ל כמהוסרין סחיקה שהתיר ר' ישמעאל לגמור בשבת ולא הוי דומה בדומה ולכך מוקי לה כר"א דלפי דבריו נמלאו דברי משנתנו דומין ממש לדברי ר"א.

ובכן חזות קשה הוגד לי בדברי מרן הב"י א"ח סי' רנ"ב הביא דברי הר"ן שהזכרנו לעיל וסיים עליהם וכן פי' ה"ה בפ"ג דברי הר"מ ע"כ עוד כתוב שם

ישמעאל שחיקה הי"ל לגזור אטו מחוסרין דיכה דמחייב חטאת ואכרינן מתוסרין שחיקה אטו מחוסרין דיכה לזה אמרו דבמחוסרין שחיקה אטו מחוסרין לא גזר דבשלמא במחוסרין דיכה גזרינן טעינה אטו שלא יבא לדוך ולגמור דיכתן בשבת דאז מיחייב חטאת אבל כל שנגמרה דיכתן לא גזרינן דילמא אתו למיטעי ולהתיר בפירות אחרות שלא נגמרו מלאכתן, דהרואה יראה דהכא מותרין משום דכבר נגמרה דיכתן ואין מחוסרין אלא שחיקה משא"כ כשלא נידוכו לא אתו למיטעי לגמור דיכתן בידים כיון דחייבי חטאת על הדיכה ולא דמי להנהו דאין מחוסרין אלא שחיקה ולכן לא גזר ר' ישמעאל שחיקה אטו דיכה כנ"ל ביאור דברי התוספות ז"ל. ומאי דאקשינן לעיל על פירוש רש"י דמתני' אחרי כתבי מצאתי שהקשה כן בשיטה להריטב"א כ"י לחס שבת כתוב וז"ל מדנקט תלמודא בהדייא והני כמחוסרי דיכה דאו שמעינן מהכא דמתני' דקתני שטוענין קורת בית הבד ועיגולי הגת היינו זיתים וענבים שלמים שלא נעשית בהם שום מלאכה קודם לכן דאי כפירש"י שפי' לעיל שאין נותנין קורה ע"ג זיתים עד שטוחנים אותם בריחים וכן ענבים דורך אותם תחילה, היכי אמרינן הכא דלבתר טחינה כמחוסרין דיכה דמו אא ודאי ליתיה להאי פירושא עכ"ל, ולדידי חזי לי לקיים פירש"י בחד מתרי גווני. זה יצא ראשונה על פי מ"ש הרא"ש בהך סוגייא וז"ל הורה ריב"ח כר' ישמעאל ואע"ג דאמרו בגמ' דר"א לא מוקי מתני' כר' ישמעאל משום הא דר' יוחנן דאמר במחוסרין דיכה כ"ע לא פליגי דאסור אלמא מתני' חשיב כמחוסרין דיכה ל"ל דריב"ח אית ליה דמתני' לא חשיב כמחוסרין דיכה עכ"ל. הוא הדבר אשר פירש"י במתני' דאיירי בזיתים הנטחנין תחלה ובענבים הנדרכים ברגל תחלה קודם טעינת הקורה דנמצא דלא מחסרי דיכה והיינו משום דס"ל כריב"ח דאוקי למתני' כר' ישמעאל ומיירי בדלא מחוסרי דיכה. ור"א הוא דס"ל דמתני' מיירי במחוסרי דיכה ולא קי"ל כותיה כנ"ל לדעת רש"י ז"ל, ובזה אשכחנא פתרי למה שתמה הרז"ה על הרי"ף שהביא להא דר' יוחנן דבמחוסרין דיכה אסור דבגמ' משמע דפליגא אדריב"ח, ולפי דברי הרא"ש הנז' לא קשיא דריב"ח נמי מודה להא דרבי יוחנן דבמחוסרין דיכה אסיר וכן הלכתא מיהו מתני' שפיר מתוקמא כרבי ישמעאל כיון דריב"ח ס"ל דלא איירי במחוסרי דיכה. ולכן מה שהורה כר' ישמעאל נמי הלכתא היא כנ"ל כעת, וכ"כ מרן הב"י סי' רנ"ב יע"ש, אי נמי כ"ל לקיים פירש"י באופן אחר ותחלת דיבור אניגה נא דברי הרז"ה בלביונין ובקומתן במה שתמה על פסק ההלכות. ואניף ידי יד כהה דרך שקלא וטרייא בדברי הראשונים ז"ל אשר בירכו כל אחד דרך לעצמו ליישב דעת ההלכות לשתות בצמא את דבריהם ומה שתלמיד דן בקרקע לפניהם וה' אלקים יעזור לי .

דע כי הרז"ה ז"ל הבין בפשט השמועה דריב"ח דאוקי למתני' כר' ישמעאל היינו משום דס"ל דאפילו במחוסרין דיכה התיר ר' ישמעאל לגמור בידים וזהו אשר הורה ריב"ח כר' ישמעאל להתיר אפי' במחוסרין דיכה. ור"א עוד מהך אוקמתא ומוקי לה כר"א משום ההיא דאמר ר' יוחנן דבמחוסרין דיכה כ"ע לא פליגי דאסור וא"כ מתני' הואיל ובמחוסרין דיכה היא א"כ לא מצי אתיא כר' ישמעאל דהא ר' ישמעאל אסר במחוסרין דיכה לדעת ר"י והיאך התירו ב"ש וב"ה במתני' ולכן מוקי לה כר"א דהתיר בחלות דבש ובזיתים וענבים ע"י ריסוק ואפי' דמחוסרי דיכה שרי ודלא כר' יוחנן וא"כ מה שהורה ריב"ח כרבי ישמעאל היינו להתיר אפי' במחוסרי דיכה. והנה הרי"ף ז"ל פרק חבית פסק להאיא דר"א דבזיתים וענבים שרסקן מבעוד יום משקין היוצאין מהם מותרים משמיה דרב נמח בר פלטויי גאון אלמא דלא ס"ל כר' יוחנן דאמר דבמחוסרין דיכה לכ"ע אסור אלא לכ"ע שרי וכיון שכן תמה על הרי"ף בהלכותיו כאן שפסק כר' יוחנן דאסר במחוסרין דיכה ופסק כריב"ח שהורה כר' ישמעאל דהוו תרי פסקי דסתרי אהדדי דאי הא לא קיימא הא. אלו תורף דברי הרז"ה ז"ל יע"ש דרך ארוכה .

והתייר הגדול הרמב"ן ז"ל במלחמותיו עמד צליו וסתר את שיטתו שפי' בשמועה והוא ז"ל בירר דרך לעצמו בפירוש השמועה ועפ"י דרכו מצא מנוח לפסקי הרי"ף ז"ל והלא כה דבריו כי בשום ובוסר ומלילות שאין בהם משקה אלא לחלוחית שבגופן צריך ג' מלאכות ריסוק ודיכה ושחיקה ושתים בזיתים וענבים ריסוק וסחיטה והכל מודים שלא התיר ר' ישמעאל אלא במחוסרין שחיקה, מיהו ר' אלעזר ס"ל דאעפ"י שהתיר ר' ישמעאל במחוסרין שחיקה היינו משום דהוי בתר ריסוק ודיכה אבל לא יתיר בסחיטה דבתר ריסוק שזו מלאכה שניה וזו מלאכה שלישית וסחיטה במקום דיכה עומדת ואין לנו להתיר הילכך אוקי לה כר"א שהתיר בחלות דבש ובזיתים וענבים שריסקן והם מחוסרין סחיטה דדומה ממש למשנתינו. וריב"ח סבר מחוסרין שחיקה בשום ובוסר ומחוסרין סחיטה בזיתים ובענבים שוים הם להתיר שהרי אינם מחוסרין אלא מלאכה אחת אבל במחוסר שתים דיכה ושחיקה מודה ר' יוסי ב"ת שהוא אסור כר' יוחנן ובזה דברי ההלכות קיימין ועלתה השמועה כהוגן אלו הם דברי הנשר הגדול הרמב"ם יע"ש.

ואם לחשך אדם לומר דאכתי עכ"ז לא נמלטנו מקושית המאור שהקשה דמהיא דפסק הרי"ף בפ' חבית כר"א גבי זתים וענבים שרסקן אף דמחוסרין סחיטה דהוי במקום דיכה ואפ"ה התיר אלמא דס"ל דבמחוסרי דיכה מותר וא"כ איך פסק כאן כר"י דבמחוסרין דיכה אסור דנמצאו תרי פסקי דסתרי אהדדי ואיך מצא ידיו ורגליו ומצא מנוח לתרי פסקי הרי"ף דלכאורה אכתי תמיהת המאור קיימת. אף אתה אמור לו מי שלבו נוקפו אומר כן וזה מחוסר השגת עומק עיון דברי הרמב"ן ז"ל ולא חש לקמחיה בזה יען כי דברי הרמב"ן נהירין ונהירין כאור החמה כסף צרוף מזוקק שבעתים ודבריו ברור מללו דר"א הוא דס"ל דסחיטה דזתים הו"ל כמחוסרין דיכה דשום ומלילות כיון ששניהם מלאכה שניה וא"כ אין להתיר בזתים סחיטה דהו"ל במקום דיכה, מיהו ריב"ח פליג עליה וס"ל דסחיטה דזיתים לא הוי כמחוסרי דיכה אלא כשחיקה דשום ומלילות שהרי הינם מחוסרים אלא מלאכה אחת ולדידיה ס"ל דכי היכי דהתיר ר' ישמעאל שחיקה בשומין ודעמייהו ה"נ יש לנו להתיר סחיטה בזתים הואיל ואינם מחוסרים אלא מלאכה אחת. ולכן לדידן דקי"ל כריב"ח שפיר פסק בהיא דר"א בזתים וענבים שריסקן דאף דמחוסרין סחיטה שרו כיון דאין מחוסרין אלא מלאכה זו הו"ל כמחוסרין שחיקה דשומין שהתיר ר' ישמעאל ה"נ מתיר בסחיטה דזתים. אמנם במחוסרין דיכה ושחיקה ודאי דאסור גם לר' ישמעאל ולכן הביא הרי"ף הכא הא דר' יוחנן דאמר דבמחוסרין דיכה אסור דתרויהו הלכתא ניכהו ודברי הרמב"ן נכונים וטעמו ונמוקו עמו והמשכילים יזהירו ויבינו דברי אלקים חיים של הרמב"ן ז"ל וזה ברור .

ובכן ולך תעלה ישוב למה שפירש"י במתני' דאין זה סותר למ"ש בש"ס והני כמחוסרין דיכה דמו דלא נאמר זה אלא לר"א דס"ל דמחוסר סחיטה הו"ל כמחוסר דיכה ואסור. מיהו לדידן דקי"ל כריב"ח שהורה כר' ישמעאל והתיר במחוסרין שחיקה א"כ לדידיה מתני' נמי דבזתים וענבים היא דלא מחוסרי אלא סחיטה הו"ל כמחוסרין שחיקה דשומין דשרי, ורש"י ז"ל בפי' דמתני' הראנו ידו הנפלאה דהכא מיירי בשכבר נדרכו ונטחנו קודם הטעינה דהשתא תו לא מחסרי דיכה כלל ולכן ב"ש וב"ה התירו. אבל ר"א לא סבר דמתני' מיירי בהכי אלא

המלך וזר יחשב אפ"ה הטילו תנאי שהקונה יפרע לשוכר הוצאותיו. והגם שכך היתה הסכמתם מ"מ ראוי לתור לדעת מה טעם הטילו פרעון ההוצאות על קונה הבית ולא על המוכר שמכר חזקת הבית. והנלע"ד בזה דמדינא הטילו על הקונה ולא על המוכר וטעם לדבר דבשלמא כל שחזקת הבית היא למחזיק אז ודאי מן הראוי היה שהוא יפרע כל ההוצאות שהוציא השוכר שהרי על ידי הבנין ההוא שבנה מטי ליה הנאה ועילוי למחזיק שהוא משכיר וביותר על ידי הבנין שאינו דומה שכירות בית הרוס לשכירות בית בנוי ומשוכלל הלכך עליו מוטל לפרוע את כל הוצאותיו אבל כל שכבר מכר הבית וחזקתו וזכותו לאחר נמלא דהרי ריקן זכותו ושוב לא מטי למחזיק שום הנאה כלל. והנאת העילוי שנתעלה הבית בבנינו מהיום והלאה היא לקונה שהקונה משכירו ביותר לסי' הבנין ולכן הטילו הפרעון על הקונה ולא על מוכר החזקה כנזכר לעיל טעם הדבר.

אמור מעתה דבנ"ד הוא הדין והוא הטעם לנ"ד דלוי הקונה יתחייב בפרעון ההוצאות שהוציא שמעון השוכר ולא ראובן המוכר מהטעם האמור. ובכן קם דינא דבנ"ד אין לשוכר הדר בבית דינא דבר מגרא להוציא מיד הלוקח כל זמן שלא יתברר בב"ד הצדק שבעיר סאלוניק ה"י שנהגו בהסכמה המודפסת בס' גינת ורדים הנז"ל, אך אם יתברר דנהוג בסאלוניק כפי ההסכמה ההיא על פי משפטי ה' אזי יזכה השוכר בבית אם יתברר שביום שומעו מהמכר מיחה בדבר כמשפט כתוב בהסכמה ההיא הא לאו הכי זכה הלוקח במקחו ואין לשוכר דין ודברים כלל.

ועל דבר ההוצאה שהוציא שמעון בתיקון הבית נוטל כל הוצאותיו אחרי שישבע כמה הוציא אם אין עדים בדבר וחיוב תשלומי ההוצאות על לוי הקונה הוא כאשר הארכתי על כל הפרטים באורך. כנלע"ד להלכה ולמעשה וכן הסכימו עמי המאורות הגדולים מ"ר קשישא הרב המו' כמהר"ר אליעזר נחום יל"ו ורב אחאי משבחא זה האיש משה יל"ו ונזר ישראל ילילנו משגיאות ויורינו מתורתו נפלאות ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי. אמן כן יאמר ה' צור מחסי מבטן גוחי.

ישראל מאיר מזרחי.

א"ה כדי שלא להוציא מתחת ידינו דבר שאינו מתוקן חזרתי והסכמתי לכלול פה שני הפסקים אשר חסרו בתחילת הספר המובאים בס' אדמ"ק ח"ב סי' ד' וסי' ה' השיכים לס' זה תשו' הרב המחבר. זלה"ה ותשו' הרב אחיו בעל המחבר ס' אדמ"ק ז"ל, למען תהיה תורה חתומה תמימה ושלימה. ועוד מסיבה אחרת, הגם כי תמנע היתה מלהדפיסם בתחילה.

שאלה על מה סמכו העולם לדוך בשבת שומים ע"י שינוי שלכאורה נראה דאפי' על ידי שינוי אסור ועל כן דברו יבא דעט"ו ושכמ"ה.

תשובה הן שדי יעננו וגורלות נפלאות מתורתו יראני וכו' לכוין את ההלכה לתלמיה במעגלי לדק ינחני כי"ר וזה החלי בס"ד.

עיקרא דהאי מלתא שרשה פתוח אלי מים יש התלמוד בפ"ק דשבת אמתניתין דתנן ושוין אלו ואלו שטוענין קורת בית הבד ועגולי הגת ופירש"י ושוין שטוענין אותם מבע"י והמשקה הולך וזב כל השבת ובגמרא פריך וכו' עד אבל הני אין נותנין קורה ע"ג זתים עד שטוחנים תחלה בריחים וכן ענבים דורכין אותם ברגל ובלאו קורה נמי משקה נפיק ממילא אלא דלא נפיק שפיר כי השתא ולא דמי לדש ע"כ. ובגמרא אמרינן מאן תנא דכל מידי דאתי ממילא שפיר דמי אר"י בר חנינא ר' ישמעאל היא דתנן השום והבוסר והמלילות שריסקן מבעוד יום ר' ישמעאל אומר יגמור משתחשך ורע"א לא יגמור ור' אליעזר אמר ר' אלעזר היא דתנן חלות דבש וכו' ונתנו טעם בש"ס מה טעם ריב"ח לא אמר כר"א ומה טעם ר"א לא אמר כריב"ח ונתנו טעם לזה אמר לך לאו אתמר עלה אמר רבא בר חנינא אמר ר' יוחנן במחוסרין דיכה דכ"ע לא פליגי כי פליגי במחוסרין שחיקה והני נמי במחוסרי דיכה ופירש"י והני דמתני' מחוסרין דיכה הן וטעינתן היא דיכתן היא שוחקתן היא סוחטתן ובהא רבי ישמעאל מודה דאסור ע"כ.

ואנכי הרואה דפירש"י זה סותר למה שפירש"י למעלה במתניתין דאין נותנין קורה ע"ג זתי' עד שטוחני' תחלה בריחים וכן ענבים דורכין אותם ברגל תחלה וכו' כנז' וכיון שכן היכי קרי להו מחוסרי דיכה הלא אין לך דיכה גדולה מזו שטוחנין הזיתים ודורכין הענבים תחלה, ול"ל דפירש"י דמתני' לר"ה הוא דקאמר דזיתים וענבים שריסקן מע"ש וילאו מעלמן דר"א ור"ש מתירין. ולדידיה בטוחנין הזיתים תחלה ודורכין הענבים תחלה פשיטא דשרי במכ"ש והוא דוחק ולקמן נבאר באופן אחר בע"ה ובההיא דשום ובוסר דאיפליגו ר' ישמעאל ור' עקיבא ור"י אמר איפליגו רבוותא דרש"י ז"ל פירש יגמור יניחם בכלי וילאו מעלמן. והתוספות ז"ל כתבו דיגמור בידים משתחשך דלא דמו למתני' דלא שרו ב"ה אלא טעינת קורה אבל בידים לא דהכא כשאין מחוסרין דיכה והשתא מייתי שפיר דכיון דשרי ר' ישמעאל לומר בידים פי' לסחוט בידים ולא גזר אטו מחוסרי דיכה א"כ במחוסרי דיכה נמי סבר דלא מיחייב ובתר הכי קאמר דלר"י במחוסרי דיכה מיחייב ואפי"ה כשאין מחוסרין שרי בידים לא גזר אטו מחוסרין וכו' יע"ש. ודברים הללו שכתבו ובתר הכי כו' לכאורה הם משוללי ההבנה דמאחר דלר' ישמעאל במחוסרי דיכה מחייב חטאת א"כ איך ההוקמא מתניתין אליביה. הלא בש"ס אמרו דטעמא דב"ש וב"ה מודו להתיר טעינת קורת בית הבד ועיגולי הגת היינו משום דאי עביד להו בשבת לא מחייב חטאת וא"כ לדידהו דמתני' במחוסר דיכה היא הלא במחוסרי דיכה מיחייב חטאת ומאי טעמייהו דב"ש וב"ה דשרו כיון דאי עביד להו בשבת חייב חטאת והיכי מוקמינן למתני' כר' ישמעאל.

ונ"ל ביאור דבריהם דכונתם הוא להוכיח דלריב"ח דמוקי מתניתין כר' ישמעאל היינו משום דס"ל דבמחוסר דיכה אי עביד להו בידים לא מחייב חטאת ולכך לא גזר שאין מחוסרין די"ה אטו מחוסרין כיון דבמחוסרין דיכה ליכא חיוב חטאת והילכך התירו ב"ש וב"ה טעינת אפילו דבמחוסרין דיכה משום דס"ל כר' ישמעאל דאפי' במחוסרין אי עביד להו ידים ליכא חיוב חטאת וכיון דליכא חיוב חטאת לא גזרו ב"ש וב"ה טעינה שמא יבא לידי דיכה משום דאי עביד דיכה בידים ליכא חיוב חטאת וזהי שיטת ריב"ח דמוקי למתני' אליבא דר' ישמעאל, מיהו רבי אלעזר דמוקי לה אליבא דר"א ודלא כר' ישמעאל היינו משום ההיא דר' יוחנן דס"ל דבמחוסרין דיכה כ"ע לא פליגי דחייב חטאת וא"כ במתניתין דבמחוסרי דיכה היא לא היה להם לב"ש ולב"ה להתיר בטעינה דכיון דמחוסרי דיכה איכא למיחש שמא יגמור בשבת וחייב חטאת ולהכי לא מוקי לה כר' ישמעאל אלא דהוקשה להם להתוס' דלפי המסקנא דבמחוסרין דיכה גם ר' ישמעאל ס"ל דמיחייב ופלוגתייהו במחוסרין שחיקה דסוף סוף אמאי התיר רבי ישמעאל

אינו מורה כדבריו. ועוד דלדידי חזי לי דאין להסכים סברת הרש"ך עם דעת הרא"ש כלל ולא יכונו יחדיו אם לא שנאמר דמ"ש הפ"מ וזה מתבאר מתוך תשו' הרא"ש לא להסכים דעת הרש"ך עם הרא"ש אתא אלא מלתא בפני עצמה היא שבאה ללמוד הימנו לנ"ד דבנין מחדש לא מהני, ומ"מ זכינו לדין הפ"מ לדון בנ"ד דדוקא בבא לבנות מחדש בתים אשר לא נהיו במקום ההוא הוא דידו על התחתונה אבל להעמיד מה שכבר היה בנוי קודם גם הרב אזיל ומודה לדעת מוהרש"ך דיטול כל הוצאותיו וחזר הדין לנ"ד שחיזק ובנה הנהרסות אשר כבר היו בנויים מקודם דנוטל כל הוצאותיו ואין יכול לומר לו טול עציך.

ולענין מי יתחייב בנ"ד בפרעון אין ספק שלוי הקונה יפרע כל הוצאותיו וכדמוכח כן מבין ריסי הפרח מטה אהרן ח"א סי' ס"ט דף קל"ו בפסקא המתחלת איברא, דאכתי וכו' יע"ש כי ממנו תוצאות חיים לנ"ד לחייב את לוי הקונה לפרוע פרעות ההוצאות לשמעון כאשר יראה הרואה לשם אין צורך להעתיק דברי הכתוב על הספר ובדיו.

וכבר מאי דכתיבנא הוא בהנחה סוברת בנ"ד ששמעון מיקרי יורד שלא ברשות אפ"ה יש לחייבו בפרעון הוצאותיו כדכתיבנא.

ועוד מטעם אחר יש לחייבו דלפי הנר' בנוסח השאלה המוצגת לפנינו שראובן בעל החזקה היה בעיר כשבנה וחיזק שמעון את בדקי הבית, הנה כי כן יש לנו לדון דמדשתק ראובן כשידע ששמעון בנה הנהרסות ולא מיחה בידו הרי גילה דעתו דניחא ליה בבנין ההוא ובגילוי דעת כזה יספיק לחייבו בכל ההוצאות. ואיני בודה דבר זה מלבי רק מצאתי אילן גדול ליסמך עליו הוא כמהר"א מונסון זלה"ה הובאו דבריו בשו"ת הפ"מ בח"ב סי' מ"ה העתיק כל דברי התשובה של מוהר"א מונסון דרך ארוכה מאשר נמצאו דבריו בבית גנזיו של הפ"מ ושם נאמר בדף פ"ב ע"ג וע"ד וז"ל לענינו אבל גילוי דעת דמעקרא שנמצא בעיר בעת הנטיעה או הבנין ושתק ולא מיחה בידו לכ"ע אף בשדה ובבית שאינו עשוי ליבנות שמין לו וידו על העליונה להתפרע להוצאותיו עד גמירא ע"כ דברי מוהר"א מונסון ז"ל אשר הובאו שם ומינה לנ"ד דראה ושתק גילוי דעת כזה יספיק לחייבו ממון, אלא דרואה אנכי שבעל דברי מוהר"א מונסון הנז' חלק עליו וביטל דבריו ודחה אותם כאשר יראה הרואה לשם. על כל אלה בנ"ד נ"ל דמהני גילוי מלתא דראה ושתק לחייבו בתשלומין, חדא דהרואה יראה דבנ"ד בנה האכסדרה והבית וכל תשמישיו, והנה בבנין האכסדרה עינינו הרואות להפ"מ סי' מ"ב עלתה הסכמתו דבנין אכסדרה מדמי לה לבנין דחצרות שכתב הר"מ דעשויין ליבנות ה"נ באכסדרה עשויה ליבנות מיקרי כאשר יראה הרואה שם דף ע"ה ע"ג וע"ד ולכן העלה דאף שבנה בית באכסדרה יטול הוצאותי' וידו על העליונה כ"ש דבנ"ד דבנה ותיקן האכסדרה וחיזק בדקיה דידו על העליונה דהווי דומיה דחצרות. גם מה שבנה בבית הא חזינא למוהרשד"ם סי' ס' ומוהרש"ך סי' ק"ד דס"ל דבתים עשוי' לבנות מיקרי. נוסף על זה דחזינא למוהר"ש ן' ווילייסיד הובאו דבריו שם בפ"מ סי' מ"ג אשר נשא ונתן על דברי הפ"מ ע"ש בתשו' הנז' ובדף ע"ז ע"ג העלה לפסקא דדינא דסתם בתים עשויות ליבנות להוסיף ולגרוע בנינן והגאונים לא חידשו לנו אלא דין דחצרות דאפשר היה לומר וכו' יע"ש וכך עלתה הסכמתו לפום דינא, והגם דהפ"מ חלק עליו שם דבבתים אין הדין כן, מ"מ הרי מוהרשד"ם ומוהרש"ך עומדים לימינו דס"ל דבתים נמי עשויין לבנין הם. ונמצא דשלשת השריגים דעת אחת להם לענין בתים דעשויות ליבנות הם ונוטל כל הוצאותיו הפך דברי הרשב"א והרא"ש. והלא לעיל כתבתי דטעמא דלא פסקו כהרא"ש הוא משום דמרן ז"ל בשולחנו הטהור לא הביא דבריהם ככתוב לעיל.

וחזר הדין כדכתיבנא דבנ"ד יטול כל הוצאותיו וכהסכמת הרשד"ם והרש"ך ומוהר"ש ווליסיד הנז' והואיל וגדולי ההוראה סוברים כן אפי' שירד שלא ברשות דגם בבתים ידו על העליונה הגם שיש כת החולקים וס"ל דדוקא בחצרות נאמר ולא בבתים. מ"מ נ"ד דיש גילוי מלתא נ"כ מדשתק ולא מיחה יספיק גם לדעת הרא"ש ודעימיה לפרוע לו כל הוצאותיו דיש לנו לומר דע"כ לא קאמר הרא"ש לדינו דדוקא במקום סכנה חייב הא לאו הכי לא היינו דוקא כגון נדון דידיה דבעל הבתים הלך למחוץ לעיר ולא נמצא בעת שבנה הלכך חילק בין מקום סכנה לשאין בדבר סכנה. אבל כל שהוא בעיר וידע בעת הבנין ושתק ולא מיחה אפי' שאין המקום מסוכן גם הרא"ש והרשב"א יודו דיטול כל הוצאותיו וכדעת כמהר"א מונסון שזכרנו, ואפי' שנאמר דבמחלוקת הדבר תלוי אי גילוי דעת כזה מהני או לא. מ"מ בנ"ד ששמעון טוען שירד ברשות בעת הבנין ככתוב בשאלה דאמר לו לראובן שצריך להוציא הוצאות לתיקון הבית והשיב לו ראובן לך והוציא ובנה כטוב בעיניך אף אם יכפור ראובן שלא אמר לו כן מהימנינן ליה לשמעון בטענתו זאת אף בלתי ראיה מכיון שראינו לראובן דשתק ולא מיחה בפי'. ודוגמא לזה יש לי רב הפ"מ בסי' מ"ב בח"ב שהשיב על כל ההערות אשר הערה עליו הרב המו' כמוהר"א אליגרי ז"ל אחת לאחת ובדף פ' ע"ג על אשר הערה עליו במ"ש דמהימנינן ליה לבעל הבנין כיון דאיכא רגלים לדבר והוא השיב עליו בפסקא המתחלת הערה עירוב פרשיות אני רואה כאן וכו' עד על הכל בנ"ד שטען שמעון שראובן גלי אדעתיה דניחא ליה וכו' א"כ מהאי טעמא זכאי שמעון בדינו. אלא שנרגשתי מזה דהתינח אם יודה ראובן אך אם יכפור שלא היה מיעלו ולא יהיו עדים בדבר מה הועלת, ועל זה השבתי דאפשר דמהימנינן ליה לשמעון בטענתו זאת אף בלתי ראיה משום דכיון שראינו שלא מיחה בפי' והמקום ההוא עשוי ליבנות א"כ נאמן שמעון במה שטען דניחא ליה לראובן וכו' יע"ש. וחתים הרב פני משה עלה. גם בהערה אחרונה שהעיר עליו כמוהר"י אליגרי דאין צורך לאמירתו של ראובן דשתיקתו לחוד סגייא והביא ראיה מדברי הר"מ פי"ז משכנים, והרב פ"מ השיב עליו דאין ראיה משתיקה לחוד דלהכי מכח דברי הר"מ דיש לחלק כאשר יר' הרואה דמכח זה הוצרך לבא עליו מטענת שמעון שטען דבפירוש גילה דעתו זה תורף דבריו וחתים עליהו יע"ש.

ומתורתו של משה אמת אני למד דוגמא לנ"ד דהגם דשתיקה לחודא לא מהני מ"מ מהימנינן ליה לשמעון במיה שטוען דברשות ראובן ירד שאמר לו לך והוציא כטוב בעניך הואיל ורגלים לדבר שהיה ראובן בעיר בעת הבנין והוא עשוי לבנין כאשר הוכחנו מגדולי המורים מוהרשד"ם ומוהרש"ך ומוהר"ש ווליסיד יספיק לנו דעת שלשת הרועים הללו להאמינו בטענתו אפי' אם יכפור ראובן בדבר ויטול כל הוצאותיו מכמה טעמי תרילי דכתיבנא. כ"ש וק"ו אם אזיל ומודה ראובן לשמעון דברשותו ירד שהוא אמר לו לך והוציא כטוב בעיניך דודאי לית דינא ולית דיינא שיחלוק לומר שלא יפרע לו הוצאותיו. דבהא דבר מוסכם הוא מלהקת נביאים המה המורים דנפרע הימנו כל הוצאותיו עד גמירא, מיהו נ"ל דהקונה הבית מתחייב בתשלומי ההוצאות בנ"ד ולא המוכר, ואמינא לה מההסכמה שהבאתי לעיל הכתובה בס' גינת ורדים דמסיים בה ואם ביום ההוא יאמר שאינו חפץ בה או שנודע לו המכירה ולא ערער והיה כמחריש בעת שומעו איבד זכותו אבל הקונה ההוא לא יוכל להוציאו עד י"ב חודש מתחילים מיום הקניה ובתנאי שהקונה ההוא יפרע לשוכר ההוא איזה הוצאה אם הוציא וכו' יע"ש. הרי דאף שאיבד זכותו ואין בו דין

המצר

לדחות דאין משם ראיה דשאני התם דחצרות הבתים ראויות להשכירן כמ"ש מרן בבדק הבית והילכך נוטל הוצאותיו משלם משא"כ בתים. וטפי הו"ל להביא ראיה מתשו' הרא"ש שהביא הטור בשמו שכל שהיה הבית גוהה ונוטה ליפול דנותן כל הוצאותיו כנז"ל ואף בנדון הרשד"ס הי"ל לידון דהואיל דהיו הרוסות נוטל כל הוצאותיו ומה לו למהדר אחר דברי הר"מ דיש לדחות כדכתיבנא. ולישוב תמיהא זו כ"ל דמשום דהרא"ש לא התיר שיטול כל הוצאותיו אלא דוקא בבונה במקום סכנה שהיו מסוכנות ליפול בלתי בנינו הא לאו הכי לא, ואילו בנדון מוהרשד"ס לא היו אלא הרוסות ולא היו רעועות ליפול אלא שהיו צריכין תיקון לחזק בדקי הבית. ולהכי נקט הרוסות ולא נקט מסוככות ליפול. וכיון שכן אין ראיה מדברי הרא"ש לנ"ד. ומלבד שאין ראיה, אלא דמשם יש ללמוד בהפך דמאחר דאין סכנה בהם אין לו ליטול וידו על התחתונה לומר טול עליך ואבניך אמטו להכי מהדר להביא ראיה לנ"ד מדברי הר"מ שהרי כתב הר"מ דהחצרות ראויות לבנין וכו' דהגם דלא נאמרו דברי הר"מ אלא בחצרות, מ"מ יש ללמוד הימנו לנ"ד דבחצרות דראויין לבנין אף אם בנה בתים בהם מחדש נוטל כל הוצאותיו, הא בבתים לבנות בהם בנין מחדש לא, אבל כל שהיו הרוסות וצריך הוא לחזק בדקיהן עשויות לבנין קרינא בהו לענין זה ולכן נוטל כל הוצאותיו כנ"ל ליישב לדעת מוהרשד"ס ז"ל ממה שהוצרך להביא ראיה מדברי הר"מ ולא הביא מתשו' הרא"ש ז"ל.

ומאחר שהוכחנו כן בדעת מוהרשד"ס חזר הדין בנ"ד דכל זה הבנין שבנה שמעון לחזק בדקי הבית בכל תשמישין הצריכין שיטול הוצאותיו, אמנם בני ידיד נפשי שלמה שי' הוא אמר דאין מזה ראיה כלל דמה שלא הביא ראיה מוהרשד"ס מתשו' הרא"ש היינו משום דבנדון שלא נהרסו כל חצרות החזקה ונפלו מכל וכל ערו ערו עד היסוד הלכך אין ראיה מתשו' הרא"ש דיש לדון ולומר דלא אמרה הרא"ש אלא בבית רעוע ונוטה ליפול דמטי ליה הנאה במה שבנאו שאם לא היה בונהו היה נופל מכל וכל וצריך הוא להוצאה מרובה הלכך הואיל והנהנה אותו בבנינו שהוציא הוצאה מועטת, משא"כ אם נפל מכל וכל ויורד אחר ובנאו שלא ברשות אפשר דהרא"ש יסבור דלא יתן לו הוצאותיו דיכול לומר לו מאן שם לך שתבנה קרקעי בהוצאה מרובה כזו אלא טול אבניך ועציך וברח לך ל מקומך וכיון שכן בנדון הרשד"ס ז"ל שנפלו ונהרסו עד היסוד יש לדון מדברי הרא"ש דאינו נוטל כל הוצאותיו אמטו להכי הביא ראיה מדברי הר"מ שכתב דהחצרות הואיל וראויין לבנין שיטול כל הוצאותיו ה"ה בבתים הללו שנהרסו מכל וכל וראויים לבנין קרינא בהו שיטול כל הוצאותיו, וכי תימא א"כ נמצא דלדעת הרשד"ס יסבור דחלוק הרא"ש עם הרמב"ם וזה דוחק לאפושי פלוגתא, לזה אודיעך דלא היא דכונת הרשד"ס מה שלא הביא ראיה מהרא"ש היינו משום דסבור היה דיש לדוחה לדחות דאין ראיה מהרא"ש די"ל דדוקא בגוהה ונוטה ליפול הוא דאמרה למלתא אבל בנפל מכל וכל לא. אמנם השתא דאשכחנא דהר"מ ס"ל דהחצרות הואיל וראויין לבנין נוטל כל הוצאותיו א"כ גם הרא"ש יודה בהכי דגם אם נפל מכל וכל הואיל וראויין לבנין יטול כל הוצאותיו כדעת הר"מ ומאי דנקט הרא"ש למלתיה בגוהה ונוטה ליפול ה"ה בנפל ג"כ חד דינא אית להו ונוטל כל הוצאותיו. ולא בא הרא"ש אלא לאפוקי מסיוד וכיור ושאר תשמישי הבית כגון תיקון שערים וחלונות ונגות הדולפין ומנעולין דאין לו לשלם הואיל ומתקיים הבית בלאו הכי וכמ"ש הרא"ש בתשובה השנית, ולעולם דבנפל מכל וכל גם הרא"ש יודה לדינו דהר"מ והר"מ יודה לדין הרא"ש דאין נוטל כל הוצאותיו ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי כנ"ל בדעת הרשד"ס ז"ל.

והואיל ובאנו לידי מדה זו חזר הדין לנ"ד דאם אין סכנה בבית שבנה שמעון דידו על התחתונה ואומר לו טול עליך ואבניך ולך לך אל מקומך.

האמנם דעת מוהרס"ך בח"ב סי' ק"ד אינו כן שעל אשר נשאל על שמעון שמכר הבתים לראובן והתנה תנאי שבכל זמן שיפרע לו מעותיו לחזור לו הבתים ורוצה לבנותם ולהשביחם כרצונו ומתירא שאחר שיחזיר לו הבתים לא יתן לו דמי הוצאותיו, והאריך בתשובתו ולבסוף כתב ועוד יראה דאפי' אם לא היו הבתים מכורים לא הפסיד שהרי כתב הרמב"ם ז"ל החצרות הרי הן ראויות לבנין וכו' עד ויראה דהבתים הצריכים תיקון כמי אין לסלק ע"כ. הרי דאפי' דשם לא היו הרוסות ולא נוטות ליפול אלא שהיה רוצה להשביחם ולבנותם כרצונו אפ"ה העלה להלכה ולמעשה דיטול הוצאותיו. דון מינה לנ"ד שחיזק את בדק הבית דודאי יטול את הוצאותיו ומכ"ש נפקא, אלא דבדברי מוהרס"ך הנז' יש לי לדון דהיאך העלה כן. הפך מדעת הרא"ש שזכרנו שלא העלה דיטול הוצאותיו אלא הבונה מקום מסוכן, הא לאו הכי לא ור"כ הכא שרצה להשביחם כרצונו אין לו ליטול דמים ונמצא שדין מוהרס"ך הוא הפך מדעת הרא"ש, אשר על כן כ"ל דמוהרס"ך ז"ל אחרי ראות דמרן ז"ל בשולחנו הטהור לא הזכיר דינו של הרא"ש ולא פסק להלכה זולתי שהביא דעת הר"מ נראה דס"ל שדברי הרא"ש לא נראו בעיני מרן לדבר הלכה אלא כדעת הר"מ הוא עיקר דאין לחלק בין בתים לחצרות וכי היכי דבחצרות הואיל ועשויין לבנן נוטל הוצאותיו ה"ה בבתים כל דבר העשוי לבנין נוטל הוצאותיו, ואל תשיבני שהרי מרן הבית יוסף כתב בב"ה שאין דברי הרא"ש סותרים לדעת הר"מ דיש לחלק בין חצרות לבתים אשר מזה נר' דהבוה דברי הרא"ש והר"מ יחד. לזה אודיעך דהא לא תברא כי הרב בבדק הבית לא כתב כן אלא ליישב דברי הטור שהביא דברי הרא"ש ודברי הר"מ וכדי שלא יקשה לדעת הטור שהביא דברי שניהם כתב דלא קשיא דס"ל להטור דיש לחלק בין חצרות לבתים וליישב דברי הטור כתב כן, מיהו דעתו ז"ל לענין הלכה לפסוק כהר"מ ולא כהרא"ש וס"ל דאין הבתים וחצרות שוין הם וכל שהן עשויין לבנין אפי' בבתים נוטל כל הוצאותיו ואמטו להכי דן את הדין' הרס"ך בנ"ד דיטול כל הוצאותיו וכדעת הר"מ ז"ל.

ומאחר עלות כן בדעת מוהרס"ך ילע"ד שגם דעת מוהרשד"ס הנז"ל בסי' ס' כרו כן דהלכתא כהרמב"ם ואמטו להכי לא הביא דברי הרא"ש דס"ל שאינם הלכה ולכן בכל דבר העשוי לבנין אפי' בתים העלה דיטול הוצאותיו ודעתו שוה לדעת מהרס"ך ז"ל שזכרנו וחזרנו לדין בנ"ד דנוטל כל הוצאותיו.

אבן זה ראיתי להפ"מ ח"ב סי' מ"ה דף פ"ב ע"ג פסקא דמתחלת אך עם כל זה הביא דברי הרס"ך הנז' וכתב וז"ל ואף מוהרס"ך בח"ב וכו' שאמר דאף הבתים ראויים לבנות מיקרי לא אמר כן אלא לגבי בתים הצריכין תיקון להעמיד מה שכבר נבנה אבל לבנות מחדש זה לא עלה על לב, וזה מתבאר מתוך תשו' הרא"ש וכו' יעו"ש, ריהטת דבריו אלו נר' דגם מוהרס"ך אזיל ומודה לתשו' הרא"ש ז"ל. ואחר המחילה רבה מהוד תורתו לא יתכן להסכים דברי מוהרס"ך לדעת הרא"ש שהרי נדון דמוהרס"ך הוא שהיה רוצה לבנות הבתים ולהשביחם כרצונו ועם כל זה העלה דנוטל הוצאותיו מכח דברי הר"מ, ואי ס"ל כדעת הרא"ש הלא הרא"ש לא התיר אלא בבנין רעוע וקרוב ליפול, אבל בשאר בנינים כגון להשביחם כרצונו לדעת הרא"ש אינו נוטל הוצאותיו.

ותו איך כתב הפ"מ שלא אמר מוהרס"ך אלא דוקא להעמיד מה שכבר נבנה דממ"ש להשביחם כרצונו

איט

האדירים רבנן דפקיעי שמייהו ואין אנו דנין בזה הענין דינא דבר מצרא וכן הדין נותן כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המוציא מחבירו עליו הראיה כמו שכתבנו, זאת דעתנו בקצרה כתבנוה למלאות הגבירים השואלים יצ"ו מפותחים בפתוחי חותם קודש, יוסף בכה"ר שלמה טייטלאק.

בידי הוה עובדא שהייתי דן עם החכם השלם שהיה דעתו כדעת הרא"ש בענין זה וקבלתי כל חכמי העיר וכולם הסכימו לדעתי ואז פסקנו הדין כך הלכה למעשה כמ"ש הר"מ ז"ל ועל זה מעיד אני וחותם שמי אני אליעזר השמעוני.

אשלי רברבי מורי ורבותי קמסהדי שנהגו רבותינו קדושים אשר בארץ המה כהר"מ ז"ל בענין שכירות דלית ביה דינא דבר מצרא. גם אני הקטן זה דעתי בשביל הטענה שהזכיר הרב יצ"ו לעיל וגם אנו מוזהרים משום ואל תטוש תורת אמך. נאום עבד מעלתם הצעיר שמואל עוזיאל.

האמת כן היה שעל השאלה הזאת נפלה מחלוקת גדולה בעיר הזאת יע"א והחכמים השלמים ה"י אמרו היו פוסקים כהר"מ, והחכם השלם כהר' מאיר עראמה היה פוסק כהרא"ש ז"ל ומאז ועד עתה היו נוהגים פעם כן פעם כן לזה נמשכו מחלוקות, האמנם מדעת קונינו להסכים דרך אחת בה ישכון אור ואחר אשר מורי התמימים הסכימו לדעת הר"מ ז"ל להיות הסכמה הזאת מוסכמת חתמתי שמי לקיים דברי המלוים על דבר אמת הצדק נרצע לעבודתכם הצעיר אברהם לבית חזן. ע"כ העתק המלוי אשר ראו עיני בכתבי הקדש לרבני וגאוני עיר שאלוניקי יע"א. ולסיבת שאינו מצוי לכל אדם כי ממנו תוצאות חיים לדיעה שבעיר שאלוניקי אין נוהג ההסכמה הנז"ל שהביא הגינת ורדים שהרי כתוב בה שאין לשוכר דינא דבר מצרא כדעת הר"מ ושכן הסכימו לענין דינא ואם היתה נוהגת ההסכמה הנז' הי"ל לבאר שמכח ההסכמה יש לשוכר דין ן' המצר אף שמן הדין אינו כן. אלא ודאי זה מורה באצבע דלא פשטה הסכמה זו בשאלוניקי והעדאת רבני וגאוני עיר שאלוניקי הנז' תספיק לברר זה הדבר. עוד בס' שארית יהודה הנדפס ן' כמוהר"י טייטלאק ז"ל דף ס"ז כתב וז"ל נהגו רבותינו ואבותינו לקדושים אשר בארץ המה שלא לדון דינא דבר מצרא אלא מחזיקים הקרקע ביד הלוקח בין אם מערער הדר בבית או בחנות הנמכר בשכירות בין אם מערער עליו שכנו המחזיק בבית או בחנות הסמוך לבית או לחנות הנמכר עכ"ל, כל זה כתוב משם כמוהר"י טייטלאק יע"ש, והוא הדבר אשר מצאתי והעתקתי לשונו לעיל בחותמו אמת.

ומאחר עלות שכל עמודי ההוראה שבעיר רבתי שאלוניקי קמאי ובתראי יתנו עידיהן ויצדקו שבהסכמה עלו שאין לשוכר הדר בבית או בחנות של חזקות דין מצרן ולא פשטה ההסכמה הנז"ל ביניהם ולא נהגו בה. מכאן ראיה לנ"ד דמאחר דלא פשטה הסכמה זו בשאלוניקי גם שאר עירות כגון לארסו ודעימייהו אין להם טענת דין בן המצר בענין החזקות הנמכרות בין הדר בבית הנמכר או בחנות בשכירות בין לשכן הסמוך לו, וזה פשוט וברור דאין להסכמת הנדפסת בס' גינת ורדים הנז"ל שייכות לנ"ד כל שלא מצאנו שקבלוה עליהם בפי' בעיר שאלוניקי יע"א, אך אם באולי הקמים אחריהם ב"ד הצדק הדור קבלוה עליהם בפירוש ובהסכמה עלו למיגדר מלתא בכח ב"ד יפה להתנהג על פי ההסכמה הנז' אזי ודאי גם כל העיירות נגררות אבתרא. באופן כי דבר זה הוא תלוי ועומד עד עת בוא דבר מרבני שאלוניקי העומדים שם חלקם בחיים ה' עליהם יחיו ועל פיהם יקום דבר להודיע איך מנהגם דמצד הדין הלא הוכחנו לעיל מכל גדולי המורים כולם כאחד סברי מרנן דאין לשוכר הדר בבית או בחנות דינא

דבר מצרא כלל. ולא היה הדבר ניתן ליכתב כ"כ באריכות זולתי פן יחשדני שומע כי ראה ראיתי ההסכמה שבספר גינת ורדים ולא חשתי לה לכך הוצרכתי להאריך להודיע קושט דבר אמת מה שנשאתי ונתתי באמונה בפרט זה עד מקום שידי יד כהה מגעת.

ומעתה אשיבה ידי לענין ההוצאה אי מיחייב ראובן לתת לו הוצאתו או לא דמלתא דנא צריכא למודעי בכמה פרטים הנוגעים לענין דינא. וזה יצא ראשונה במ"ש בשאלה שנהרסו כל תשמישי הבית תנור וכירים ואכסדרה, דהנה הטח"מ סי' שע"ה הביא תשו' הרא"ש ז"ל על ראובן שהיו לו בתים והלך מעירו ובא שמעון ודר בהם וראה שהיה הבית רעוע ונטוי ליפול והחזיקו והצילו מסכנת נפילה וסיידו וכיירו וכשבא ראובן הוציא את שמעון מביתו כי אמר שבתחלה ירד שלא ברשות אם חייב ליתן לשמעון השבח. והשיב כיון שהיה רעוע וקרוב ליפול נותן לו כל הוצאותיו אבל מה שבנה שלא היה צורך לבנות כגון שבנה חדרים וסייד וכייר זה עשה להנאת עצמו. ובתשובה הסמוכה לה השיב כל בנין שאינו סכנה אין לבעה"ב לפרוע אלא אומר לו אם בנית להנאתך טול עציך ואבניך זה תורף דברי הרא"ש.

ומכלל הדברים הללו אתה למד לנ"ד דאם הבנין הלז היה בדבר שהיה סכנה לבית נותן לו כל הוצאותיו הא לאו הכי כגון בנ"ד תנור וכירים ואכסדרה ותשמישי הבית כל שאין בו סכנה יכול לומר לו אם בנית להנאתך טול עציך ואבניך ויד שמעון על התחתונה. וכי תימא מאי שנא זה ממ"ש הר"מ ז"ל בפי', מה' גזלה החצירות הרי הן ראויות לבנין ולהוסיף בהן בתים ועליות ולפיכך הורו הגאונים שהבונה בחצר חבירו שלא מדעתו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו וכו'. כבר נרגש מרן מזה בס' ב"ה דים לגמגם בו ממ"ש רבינו בסמוך בשם הרמב"ם וכו' עד ויש לדחות דשאני בתים ועליות שראוים להשכירם למי שידור בהם בפני עצמו משא"כ בחדרים עכ"ל, וא"כ הדר דינא כדכתי' דאם בבנין הלז לא היה בו חשש סכנה דידו על התחתונה. וכן יש לדון ממ"ש מוהרשד"ם בח"מ סי' רפ"ב על ראובן שהשכיר ביתו לשמעון לזמן שמונה שנים וכו' ורוצה שמעון לבנות בתים קטנים לו במעקה וכו' וראובן משיב כי לא השכיר לו וכו' ועוד שיבא התוגר ויתבע ממנו למה בנה שום דבר בשלו והשיב דהדבר פשוט דאין כח ביד השוכר לעשות שום שינוי קבוע אלא מדעת המשכיר יע"ש ובסי' רל"ב באורך. אף אנו נאמר כמו כן בנ"ד דאין כח לשמעון לבנות אם לא ברשות המשכיר ואם בנה ידו על התחתונה, אלא דרואה אנכי דאין מזה ראיה לנ"ד דשאני התם שרוצה לשנות ולבנות בתים חדשים אשר לא היו מעולם הא ודאי אין כח בידו משא"כ בנ"ד שאין זה בנין חדש רק לחזק את בדקי הבית אשר היו שם מאז מקדם כגון תנור וכירים ואכסדרה בנה גם מוהרשד"ם יודה דשפיר דמי ויכול לבנות.

צא ולמד ממ"ש מוהרשד"ם עצמו בחי"ד סי' ס' על ראובן שהיה ערב בעד שמעון וכו' ונתנו הקהל ביד ראובן שלש חזקות שהיו לו לשמעון אחת בנויה ושתים הרוסות וכו' והשיב ז"ל הנוגע לנ"ד שלפי הנלע"ד אלו הב' חזקות שהיו הרוסות וזה בנאן שאין לו דין הבונה חורבתו שלא ברשות דשמין לו וידו על התחתונה מתרי טעמי חדא שכתב הר"מ וכו' החצרות הרי הן ראויות לבנין ולהוסיף בהן בתים וכו' לפיכך הורו הגאונים וכו' עד וא"כ בתים אלו שהיו הרוסים מסתמא עשויים הם להבנות וא"כ ראוי הוא ליקח כל מה שהוציא עכ"ל לעניננו.

ואני בעניי קשיא לי בגויה דמאחר דמוהרשד"ם שלטו עיניו בדברי הטור דסי' שע"ה א"כ למה ליה לאהדורי למגמר דינו מדברי הר"מ שהביא דיש לדוחה לדחות

מצא בגליון מוהר"א ששון שקבלוס ק"ק רומנייה וספרד ועשה מהם ל' סעיפים. ובסעיף י"ב כתוב לאמר ז"ל שכל איש ישראל שירצה למכור חזקתו או בית מקנתו השוכר הדר בבית יהיה קודם בקנייה לכל איש ישראל מצרן וזולתו באותו הסך שיקנו אחרים בלי קנוניא והערמה ויהיה לו זמן לברר דעתו יום א' שלם אחר ידיעתו שהחזקה היא נמכרת ואם ביום ההוא יאמר שאינו חפץ בה או שנודע לו המכירה ולא ערער והיה כמחרים ביום שומעו איבד זכותו אבל הקונה ההוא לא יוכל להוציאו עד י"ב חדש מתחילים מיום הקנייה ובתנאי שהקונה ההוא יפרע לשוכר ההוא איזו הוצאה אם הוציא לפי אומד הממונים וכו' עכ"ל לענינינו. דון מינה לנ"ד דבני עיר לארסו נקראים בשם רומאנייה כאשר הוגד לנו מפי מגידי אמת דלפי הסכמה זו הרי אתה דן בנ"ד דאם לאחר שהוגד לו לשמעון השוכר מקניית הבית שקנה לוי תכף ומיד קרא עליו ערער לתת הדמים כאשר קנה לוי דזכה השוכר בדינו ומוציאה מיד לוי. הא אם שתק ביום שמעו והחרים לו איבד זכותו וקנה לוי כדין. ולענין כל הוצאותיו שהוציא מחייב לוי לשלם. ומינה מפשטא ספיקי שאלתינו הן בענין שהשוכר קודם הן בענין שישלם לו הוצאותיו.

אבן שבתי וראה דאכתי לא מפשטא בעיין דהלא תקנה זו עשאוה בקושטא לק"ק רומאנייה וספרד אבל לא מפני זה נאמר שכל בני רומאנייה הדרים בשאר ארצות תחול עליהם הסכמה זו כל זמן שלא הוברר לנו בפירוש בכל עיר ועיר מרומאנייה שקבלו עליהם הסכמה זו אין כח ביד השוכר להוציא מיד הלוקח וחזר הדין לסיני כמו שפסק מרן ז"ל להלכה ולמעשה דאין לשוכר דין מצרנות כאשר מבואר בדברי הפוסקים דכל תקנה הנעשית בעיר אחת אין בני עיר אחרת בכלל. ובשלמא אם היינו מוציאים דבעיר סאלוניק פשטה הסכמה זו היו כל העירות הסמוכות לה נגררין אבתרה כמ"ש מוהרש"ך בח"ב סי' קמ"ט דכל העיירות הסמוכות לסאלוניק נגררין אבתרה בכל תקנותיהם והסכמותיהם יע"ש. ומינה דלארסו בכלל, אך כל היד המרבה לבדוק בספרי הפוסקים של רבני סאלוניק נראה דלא פשטה הסכמה זו בסאלוניק. ראשונה דמוהר"א ששון אשר נתקנו ההסכמות החזקות בימיו הוא עצמו העיד בתשו' סוף סי' רל"א דבסאלוניק אין נוהגין דין בן המצר בחזקות יע"ש. גם מדברי מוהרש"ך בח"ב סי' קמ"ט נ"ל ללמוד דאין לשוכר הדר בבית דין ן' המצר כלל וזה מאשר כתב וז"ל דאע"ג דלענין פסקא הלכה רווחא דלא מיקרי השוכר מצרן לעכב על הלוקח מ"מ בנדון זה שהוא מחזיק וכו' יע"ש. ואם איתא דפשטה ההסכמה הנז' בסאלוניק דהשוכר הדר בבית זוכה מטעם מצרן. עדיפא מינה הי"ל לומר דאפי' אם המחזיק דינו כשוכר הדר הרי הסכימו שהשוכר הוא קודם לכל אדם. וכי תימא שדברי מהרש"ך הללו הם לפום דינא אבל אה"נ דכפי ההסכמה השוכר קודם א"כ כשסיים הרב אח"כ כל זה כתבתי לפום דינא כ"ש לפי ההסכמה וכו' יע"ש הו"ל להזכיר ג"כ ולומר וכ"ש לפי ההסכמה שהשוכר קודם אף כאן המחזיק קודם להוציא מן הלוקח אפי' שנאמר שדינו כשוכר מכח ההסכמה שהסכימו דהשוכר קודם לכל אדם הוא הדין למחזיק ומדלא הזכיר בסוף דבריו מזה כלום שמע מינה דבסאלוניק לא פשטה הסכמה זו אלא דוקא בקושטא ואמטו להכי לא הזכיר הסכמה זו כנ"ל להוכיח מתוך דברי מוהרש"ך הנז' וכך כתב בהדיא מוהרש"ך בח"א בתשו' סוף סי' ע"ג שבתוך השאלה שנשאל היה אם השוכר יש לו דין מצרן והשיב בסוף דבריו דלפי התקנה שבסאלוניקו מהרבנים דאין דין מצרנות בחזקה פשיטא דאין כאן דין מצרן יע"ש. וזו הוראה רבה דבסאלוניק אין ההסכמה הנז"ל נהוגה וזה פשוט. ועיין במוהר"י אדרבי סי' ל"ט שהסכים כן, ואל יקשה לבך שהרי כמוהר"א די בוטון ז"ל היה מרבני סאלוניק ומצינו לו בלחם רב סי' קל"ב שנשאל שהשוכר היה בא בטרוניא שהוא קודם להיותו מצרן מכח ההסכמה שכתוב בה שכל בעל החזקה שימכור חזקתו וכו' אם השוכר היושב בה ירצה אותה וכו' והרב ז"ל שם צידד בלשון ההסכמה כמה לצדדין, אלמא דהסכמה זו נהוגה בסאלוניק, לא היא. דהתם השאלה ההיא היא למקום שנהגו ההסכמה ההיא ולא דיבר בסאלוניק יע"א. ויעיד על זה ששאלה זו נשאלה למוהרשד"ס בח"מ סי' רע"ז וכתוב בה שנשאל מבארוסה יע"ש, והוא ז"ל שם כתוב ז"ל ספק ב' שאפי' את"ל דשייך דינא דבר מצרא בבתים אימא מולק אמנם בחזקה לא אמרינן הכי והכי אנו נוהגים בעיר הזאת סאלוניק וכו' יע"ש, ומשם נראה דהלחם רב לא דיבר על עיר סאלוניק וזה פשוט ועיין בס' כרם שלמה בח"מ סי' מ' ומשם נראה שנדון הרשד"ס והלחם רב שוים כאחד כאשר יראה הרואה ממה שתמה על מוהרשד"ס דאמאי לא חש לחרם החזקות כאשר חשש הלחם רב יע"ש, אלמא דשני הנדונים כאחד הם וזה יספיק.

ואם עדין לבך נוקפך בזה דאפשר דבסאלוניק נפשטה הסכמה זו, לא ולמד מתשו' הרשד"ס סי' רל"ז שנשאל על שמעון שהיה רוצה לזכות בחנות שאללו מדין בן המצר והשיב הרב דאין לו דין מצרן מכמה טעמי חדא ועוד קאמר ועוד מטעם אחר שבעיר גדולה לאלקים עיר סאלוניק הסכימו כל החכמים וכו' שלא לנהוג דינא דבר מצרא בחזקות וכו' עד ועוד היום אנו נוהגים כן בסאלוניק וכו' יע"ש ובאותה תשובה ראיתי לשר המסכים עמו הוא מהר"ש אלקלעי וביקש לו טעם אחר מטעם דמאחר שהוא שכירות אין בשכירות דין בר מצרא יע"ב באורך. זו גדולה על כולם מכאן מודעה רבה שבסאלוניק ואגפיה לא פשטה ההסכמה הנז"ל וזה ברור ופשוט.

ולמען תחזקנה ידיך אגיד לך הרשום בכתב אשר מצאתי מכתיבת יד וחתימת יד רבו של מהרשד"ס הוא מהר"י טיטאצאק ודשרן סמיכין ליה בחתימתן ניכרת ואעתיק דבריהם ראה זה מצאתי ז"ל רבני התורה אלפיה סגייא ירוס הודם על ענין החזקות עם קוניהן, הן חזקת בתים הן חזקת חצירות יש בה דינא דבר מצרא הן לשוכר העומד בתוך הבית או חנות הנז' בשכירות הן לשכן אשר יש להחזקה סמוך לחזקה הנמכרת, ולמען אהבת האמת והשלום יצא דבר מלכות מבית דינם הצדק דין ומשפט כפי התורה תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר בתוככם נאום וכו'.

תשובה איברא הא מילתא תליא באשילי רברבי דקניית החזקות אינו אלא קניית זכות שיש למחזיק לשכור מן הגוי ומן התוגר ושכירות כתב הר"מ דאין בו דין בן המצר וזה למד הרב מדין משכנתא כמ"ש בעל מגיד משנה ז"ל ומה שאמרו בש"ס משכנתא לית בה משום דינא דבר מצרא פירשו הרמב"ם והרשב"א ז"ל דכשם שאין בעל המצר יכול לעכב על המלוה כך אין המלוה יכול לעכב על בעל השדה אם רצה למכור שדיהו לבן המצר או לאחר משמע דמה שאמרו משכנתא לית בה משום דינא דבר מצרא בכל גווני כתב הר"מ דלית בה משום דינא דבר מצרא.

וגם כי נמצא בדברי הרא"ש ז"ל דשכירות יש בו משום דינא דבר מצרא המוציא מחבירו עליו הראיה דהלכתא כהרא"ש, לכן נהגו אבותינו הקדושים ורבותינו אשר בארץ המה שלא לדון דינא דבר מצרא אלא מחזיקין קרקע ביד לוקח בין מערער הדר בבית או בחנות בשכירות בין אם מערער עליו השכן המחזיק בבית או בחנות סמוך לחנות או לבית הנמכר לא נמצא בכל בתי דינין אשר בעיר הזאת מי שידון בזה הענין דינא דבר מצרא כי אם ב"ד אחד גם אנו כן דעתנו ומנהגנו ללכת בעקבות האדירים

ל' דאם שוכר הבית קנה החנות שוכר החנות מוליא מידו ואם שוכר החנות קנה הבית מוליאה מידו והניח הדבר בצ"ע. והרב המאסף האריך בישובן של דברים וכתב שמוהר"א די בוטון סי' ק"ן עמד בסתירת רבינו המחבר וכתב דבמעשה הראשון לא היה השוכר תוך הבית לכן כשקנאה הלוקח אינו מוליאה מידו אבל במעשה דבית וחנות שהיו השוכרין תוך הבית והחנות ולכן אף שקנאו הלוקח מוליאה מידו ע"כ. והרב המאסף דחה דבריו ונטה לו לדרך אחרת דבמעשה הבית והחנות הטעם הוי מכח קנין בטעות זה תורף דבריו. ולע"ד גם ישוב זה אינו נכון שהרי במעשה דבית וחניות מרן ז"ל סיים עלה ואפי' קנאו שוכר הבית שוכר החנות מסלקו מטעם מצרן וכו' ואם כדברי הרב המאסף לא היל"ל מטעם מצרן אלא מטעם קנין בטעות. ושוד במה שסיים עוד מרן הלכך אם כל אחד רוצה לעמוד בשלו קונין אותו ביחד ושמין ביניהם וכו' ולפי דברי הרב כיון דהוי קנין בטעות לא קנו כלל וקנין אין כאן ומאי שומא שייך בדבר. עוד ישב באופן אחר דההיא דבית וחנות קודם חזרה היא שעדיין לא היה יודע להיכן הדין נוטה, ואח"כ כתב התשובה השנית והיא עיקר ובזה ישב דברי בעל הלבוש יע"ש באורך. ואין דבריו נוחין לי במ"ש על הלבוש ז"ל דנראין דברים נכונים ואין דברי בעל הלבוש נוחין כלל לפי דבריו כאשר יראה הרואה.

ואשר אני אחזה לי לפי קע"ד ואם דל הוא דלעולם דעתו ז"ל דאין בשכירות דינא דבר מצרא כלל וההיא דבית וחנות שכתב דמוליאין זה מזה אפי' קנאו שוכר הבית התם מטעם ממה נפשך מוליאו דאומר בעל הבית לבעל החנות מאיזה טעם קנית אתה אי משום דאתה מצרן הלא גם אני מצרן כמוך ואני קודם בקנית הבית ומטעם מצרן מוליאין זה מזה מטעם מה נפשך כאמור ולכן אם כל אחד רוצה לעמוד בשלו קונין אותו ביחד כנלע"ד ובזה יתישבו דברי בעל הלבוש בדרך דוחק כאשר יראה הרואה.

ולפי מ"ש מוהרא"ד"ב בישוב דברי מרן אהדדי דההיא דבית וחנות מיירי שהיו השוכרין בבית ובחנות ולכן אף אם קדם וקנאו שוכר הבית שוכר החנות מסלקו מאחר ששוכר החנית דר שם, מינה נפקא לנ"ד ששוכר הבית הוא דר שם עד היום הלכך מסלק ללוקח ואפילו שהלוקח הוא מצרן, השוכר קודם. כן יש לדון לפי דברי מוהרא"ד"ב. מיהו הרי הוא עצמו דחה חילוק זה גם הרב המאסף כמו כן. ומה גם שכבר מוסכם מפי הכל דבכל פלוגתא דרבוותא הלוקח מיקרי מוחזק וכמ"ש מוהרש"ך בח"א סי' מ"ג ומוהרא"כ"ח בח"א סי' פ"א ובכמה מתשובותיו והרב פ"מ בח"ג סוף סי' כ"ט יע"ש. גם מוהרח"ש בתשו' מחדש בח"א סי' ך' נשאל ממש כיוצא דנ"ד והעלה דהלוקח מיקרי מוחזק יע"ש. ובסי' כ"ו העלה כן בפשיטות והשאלה היא דף ע"ו ע"ג ממש דומה לנ"ד ובסי' ס' העלה כמו כן דלא מצי למימר קים לי דהלוקח הוא מוחזק שקנה מדין תורה אבל המצרן אינו אלא משום ועשית הטוב והישר הילכך לא מצי למימר קים לי יע"ש. גם מוהרא"כ"ח בח"ב סי' נ"ד העלה כן ויאם קנה לוקח אין לשוכר דינא דבר מצרא. באופן דלהקת נביאים קמאי ובתראי לדעת א' נתכונו דאין לשוכר דינא דבר מצרא, ומכ"ש בשכבר קנה הלוקח כיוצא דנ"ד הודה במקחו ולא מצי השוכר לומר קים לי וכדכתי'. ואל תבהל ברוחך לומר דזהו דוקא כשהמוכר הבית הוא הבית „מולק" שלו אז הוא דאמריגן דאין לשוכר בן המצר. אבל בנ"ד שאין לו בגוף הקרקע מאומה כי הוא מולק הגוי ואין לו אלא דמי חזקה גרידא שנוטל שנה בשנה אז ודאי דיש לשוכר דינא דבר מצרא, וזה ממ"ש הרשב"א הביאה מרן הב"י סי' קע"א מחו' כ"ט ז"ל כתב הרשב"א שאלה ראובן יש לו קרקע ומעלה ממנו מס לשנה לשמעון

מנה בכל שנה ובא שמעון למכור מס שנה ליהודה וראובן טוען שהוא יקדים משום דינא דבר מצרא תשובה וכו' עד ועוד שכל שאינו מכר גמר לא תיקנו בו דין בן המצר אבל כאן שמוכר אדנות שיש לו בקרקע לחלוטין יש בו משום דין בן המצר עכ"ל. ומינה יעלה על דעתך לדמות נ"ד דכמוכר אדנות שיש לו דמי ושייך ביה דינא דבר מצרא. הא לאו מלתא היא מתרי טעמי וג' תשובות בדבר, חדא והיא העיקר דנדון הרשב"א מיירי כשהבית הוא מולק ראובן ולכן דן את הדין דשייך דינא דבר מצרא. ויעיד על זה דבתשו' הרשב"א הסמוכה לה הביאה מרן שם וז"ל עוד אמרת שאותו שמעלה מס מכר קרקעו ליהודה הנז' וכו' יע"ש הרואה יראה ויודה על דבר אמת שדברי הרשב"א הנז' בקרקע הקנוי לו בתורת מולק כמו שיראה הרואה ולכן דן את הדין דשייך ביה דינא דבר מצרא ושפיר, משא"כ בשכירות כיוצא דנ"ד פשיטא דלדעת רובא דרבוותא דס"ל דלית בשכירות משום דינא דבר מצרא הכי נמי בנ"ד לית ביה משום דינא דבר מצרא כנ"ל עקר. ועוד יתכן לומר דהרשב"א בתשו' זו אזיל לשיטתיה דס"ל דגם בשכירות יש בו דין המצר כאשר כתב מרן הב"י סי' קע"א בשמו שכך כתב רבינו ירוחם יע"ש ביתה יוסף וראשון עקר לע"ד.

ומעתה הדר דינא לנ"ד כדכתי' דאין לשוכר דינא דבר מצרא וזכה הלוקח במקחו וכדעת רובא דרבוותא שהזכרנו. ולפי הדברים הללו הנאמרים באמת אין מקום למה שטוען שמעון למה העלים ממנו בעת שמכר כי הוא הגה קודם ככתוב בשאלה, דכל זה היה נמלא מקום לטענתו זאת להלדיקו בדין כאשר דן את הדין הרב פרח מטה אהרן סוף סי' ג"ן יע"ש, אך היינו דוקא אם דין בן המצר שייך בשוכר. אמנם מאחר שכבר הוכחנו דאין בשכירות דין בן המצר אין מקום קיום לטענתו זאת אלא הלוקח זכה במקחו שהוא מוחזק מדין תורה כדבר האמור. והאריכות בזה אך למותר ולא הולרכתי להאריך בפרט זה אלא בשביל שנים שלשה דברים שנתחדשו בו ככתוב לעיל. גם מהר"י זין בספרו פרח שושן העלה להלכה ולמעשה דזכה הלוקח ואין לשוכר דין בן המצר ואסף אסופות בכמה גדולי המורים שהסכימו כן יע"ש בח"מ סי' א' יע"ש זולת שהביא תשו' הרדב"ז בב"י סי' אלף שכתב וז"ל ראובן יש לו בית ושכר אותו לשמעון ואח"כ מכר אותו ללוי אם יכול שמעון לקחת אותו מדינא דבר מצרא. תשובה אין כאן דינא דבר מצרא, אלא מטעמא אחרינא אין לוי יכול להוציא את שמעון מן הבית כיון שהוא דר בו הוא מוחזק ונותן דמיו כאשר נותן ללוי. והראיה מתשו' מוהר"י סי' ש"י מסותרים שנתאכסנו בביתו של שמעון ומכרו סחורה שיש בו ריוח דרא"ן פסק דזכה לו ביתו וכן הדין בחזקות שלנו וכו' עד ואם הבית של הגוי ומכר אותו לראובן ושמעון דר בו הוא קודם וכו' יע"ש. ועכ"ז הרב הנז' דחה תשו' הרדב"ז הלז מהלכה דכל הפוסקים חלוקים עליו יע"ש.

ואני בעניי נ"ל דאיברא דמטעם דינא דבר מצרא ולא מטעם קדימה זכה השוכר. אבל מ"מ נ"ל ללמוד מדברי הרדב"ז לנ"ד והוא זה דאפי' שקנאו לוי מ"מ אם ירלה להשכיר הבית לאחר ושמעון אינו רולה ללאת ומעלה לו שכר הבית דזוכה מטעם קדימה ואין כח ביד לוי להוציאו מן הבית והגם שדין מוהרי"א שהביא הרדב"ז במחלוקת הוא שנוי כאשר הביאו מורם בהגהה סי' רס"ז דין ג' יע"ש, מ"מ יספיק לנו לדון בנ"ד דאין ללוי כח להוציא את שמעון מן הבית כל זמן שמעלה לו שכר וכגון דא כופין על מדת סדום כנלע"ד לדון בדין זה.

ברם אכתי יש לדון ולומר דבנ"ד יזכה השוכר ולא הלוקח, וזה מאשר ראה ראיתי בס' גינת ורדים חח"מ כלל ו' סי' א' אסף וקבץ כל ההסכמות החזקות אשר מלא

סימן יא.

דין מצרן.

שאלה ראובן היה לו חזקת בית בעיר שהחזיק בה ודר בה זה כמה ימים ושנים בלי שום טוען, ובהמשך ימים יצא מחזקת בית הנז' ודר במקום אחר ונשאר הבית ההוא ריק וסגור קרוב לשש שנים ונתקיים בו מקרא שכתוב ושאיה יוכת שער שנהרסו כל תשמישי הבית תנור וכירים והכסדרה וכל צרכי הבית. ויהי היום מצאו שמעון ושאל לו אם יש את רצונך שאדור בחזקת הבית שלך, השיב לו ראובן הלואי שתדור בו ותן לי סך כך לשנה בעד חזקתי, אמר לו שמעון כן אעשה ונתפשר עמו סך מה לשנה אך אמר לו שמעון ראה כי הבית צריך הוצאה מרובה יען הוא חרב ושמם, השיב לו ראובן לך והוצא הוצאות כטוב בעיניך, אך דברים אלו היו בינו לבינו ולא היו עדים בדבר, ותכף הלך שמעון והוציא הוצאות ותקן הבית בכל מין הוצאות הנצרכות ככתוב ורשום בפנקסו ודר בו קרוב לשמונה שנים והיה נותן לראובן חזקתו שנה בשנה כאשר נתפשר עמו. ובמשך השנים הללו פגש ראובן את שמעון ואמר לו אם יש אה רצונך לקנות חזקת הבית קנה שרצוני למכרה. והשיב לו שמעון כעת דחיקא לי שעתא ואין כסף נמצא אתי אך אם יגזור ה' בחיים כן אעשה ואשתדל לקנות החזקה. אז הלך ראובן ומכר חזקת הבית ללוי בלתי ידיעת שמעון, ואחר ימים שנגלה הדבר לשמעון טוען לראובן כי למה לא הודיעו טרם שיקנהו לוי כי הוא היה קודם בדבר ואינו רוצה לצאת מן הבית באומרו הילך מעות חזקתך ופרע ללוי והלה אינו רוצה בדבר. הן עתה לשאול הגיעו הדין עם מי, ואם ראובן יזכה בדינו טוענו שמעון שיפרע לו כל דמי ההוצאות שהוציא בתיקון הבית הנז'. על הכל יורנו המורה לצדקה כדת מה לעשות ויבא שכמ"ה.

תשובה הלא לצ"ק'ים פתרונים, יאיר עיני על רזא דנא בדברים המצודקים בדין מיוסדים על אדני פז עשרת מונים, וזה החלי בס"ד מאדוני האדונים, הלא זה מחלוקת קדומה בין ההרים הרמים גבעות עולם, ראשון לציון הרא"ש והרשב"א ודעמייהו ס"ל דבשכירות יש בו דינא דבר מצרא שהרי כתב הרא"ש בתשו' כלל ל"ב ובכלל א' בשנים ששכירו חצר בשותפות ואחד, מהם רצה להשכיר חלקו לאחר ואותו שהשכיר החצר עמו בשותפות טוען כי הוא רוצה אותו חצר מדינא דבר מצרא והשיב כי הוא מצרן ושותף שייך ביה הטוב והישר כמו במכר דשכירות ליומיה ממכר הוא יע"ש.

וראיתי למרן הב"י בסי' קע"ה ח"מ מחו' ל' שכתב בשם מוהר"י ן' שושן שתשובה זו היא הפך מ"ש בכלל ל"ז סי' ג' על ראובן ושמעון שחלקו בית ועליה וכו' והוצרך למכור ביתו וכו' ובא לוי המצרן וכו' לסלק לשמעון וכו' והשיב שהדין עם שמעון וכו' דכיון דאין לו חלק בקרקע אלא עד זמן שקבלאו כל זמן עמדו אין לו בקרקע כלום דהוי כמו שכירות ואין בו דינא דבר מצרא וכו' יע"ש דנר' דברי הרא"ש דסתרי אהדדי. וראיתי למוהרא"ח בח"א סי' פ"א וסי' קי"ט הרבה להשיב וכמה תשובות נאמרו בדבר, ובעניותי נ"ל על פי מה שחילק הרא"ש בתשו' כלל א' סי' ו' שחילק בין שכירות לזמן ידוע לשכירות סתם דלא אמרינן שכירות ליומיה ממכר אלא דוקא בשכירות לזמן ידוע אבל בשכירות לסתם כגון ששכרו לשבוע שכל זמן שידור בבית שיתן לו סכום ידוע בכל שבוע אזי לא הוי כמכר ויכול להוציאו כשנפל בית המשכיר זהו תורף דברי הרא"ש ז"ל שם יע"ש. ובזה יתקיימו דברי הרא"ש דמ"ש בכלל א' ובכלל ל"ג דשכירות אית ביה דין מצרן משום דהוי כמכר התם מיירי בשכרו החצר לזמן ידוע, והההיא דכלל ל"ז מיירי בששכרו מאריה דארעא למאריה דבתי בסתם כל זמן שיעמדו הבתים בקרקע שלו בכך וכך לשבוע או כל זמן שיעמוד הבית בקרקע יתן כך וכך לשבוע הילכך שכירות השיא אינו כמכר. כן נ"ל ביישוב שתי תשובות הרא"ש אהדדי ודוק.

ובהא אשכחנא פתרי ליישב דברי הרא"ש בפסקיו דכתובות פרק הנושא בעובדא דההוא גברא דאוגר ליה ריחיא וכו' דהקשו התו' בד"ה ולא אמרן וכו' דכיון דמיירי ברלית טחינא לריחיא א"כ ל"ל לטעמא דטחון את וזבין וכו'. ותירצו דאי לאו האי טעמא היה יכול המשכיר לחזור בו וכו' יע"ש, והרא"ש דחה תירוצם דודאי אין המשכיר יכול לחזור תוך זמנו דהא קי"ל דשכירות ממכר הוא יע"ש. גם במציעא פ' השואל אההיא דאמרו נפל ליה ביתא וכו' כתב הרא"ש שאין יכול להוציא, דשכירות לזמן קצוב כמכר דמי יע"ש. ואילו בפ"ק דע"ז אמאי דתנן אין משכירין להם בתים וכו' הקשה על מה שנהגו האידנא להשכיר בתים לגוים, ותירץ דבימיהם היו רגילים להכניס ע"ז וכו' ועוד נהי דלידן שכירות לא קני כיון שיד האומות תקיפה ובדיניהם שכירות ליומיה ואף אם נפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציאו הוי כמכר עכ"ל. וקשה דהלא גם בדיננו הדין כן שאם נפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציאו כמ"ש במציעא פ' השואל וא"כ מאי האי דקאמר ובדיניהם שכירות וכו' והלא גם בדיננו כן הדין דשכירות ליומיה ממכר וקשיין דברי הרא"ש אהדדי אמנם על פי מה שחילק הרא"ש בתשו' הנז' בין שכירות לזמן קצוב לשכירות סתם מצאתי מנוח שדברי הרא"ש בע"ז איכא למימר דמיירי בשכירות סתם דבשכירות כזה בדינו לא הוי כמכר משא"כ בדיניהם. ודברי הרא"ש במציעא ובכתו' בשכירות לזמן קצוב הוא דאז הוי כמכר כנ"ל ישובן של דברים ודוק היטב. ועיין בכנה"ג בהגהתו לב"י אות קס"ד שהביא כמה תשו' ליישב דברי הרא"ש יע"ש. באופן שדעת הרא"ש והרשב"א ודעימיה ס"ל דבשכירות אית ביה דינא דבר מצרא.

אמנם כת אחרת לעומת זה ה"ה הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהלכות שכנים כתב דשכירות לית ביה דינא דבר מצרא וכתב הרב המגיד דין ן' המצר זה לא מצאתי אבל נ"ל ק"ו ממשכונה ע"כ ומרן הב"י סי' קע"ה כתב על דברי ה"ה המו' ז"ל דלפי זה הוא הדין אם מכרה לאחר שהשוכר מוציאה מידו מטעם דינא דבר מצרא ולדברי המפרשים דמשכנתא הממשכן מוציא מיד בן המצר יע"ש. הרי לפי דברי מרן אלו ס"ל בעד הר"מ דאם מכרה לאחר שהשוכר מוציאה מידו. ומעתה לדברי כל הנז' נפקא לן לנ"ד שראובן מכרה ללוי שהשוכר מוציאה מידו ואפי' שנאמר שלוי הקונה היה מצרן דהיינו שהיה לו בית אצל בית זה המושכר לשמעון, עם כל זה לדעת הרא"ש והמרדכי ודעימייהו דס"ל דבמשכנתא הממשכן מוציאה מיד בן המצר ה"ה לשוכר דמוציאה מיד לוי אף שהוא בן המצר מיהו לדעת הר"מ ודעימיה דס"ל דאין הממשכן מוציאה מיד בן המצר ה"ה לשוכר דאין יכול להוציא מיד הקונה כל שהוא מצרן.

ומרן בשולחנו פסק כדעת הר"מ ודעימיה שאין הממשכן יכול להוציאה מיד בן המצר הקונה. וכמו כן פסק דאין השוכר יכול להוציא מיד הקונה ל"ש הוא בן המצר או אחר. וכן כתב מרן בב"י סי' קע"ה מחו' כ"ח ז"ל הנה נשאלתי על מי שהשכיר ביתו ואח"כ מכרו לאחר והשוכר רוצה לזכות בקנית הבית מדינא דבר מצרא. והאריך בתשו' וכתב דכיון דשכירות ילפי' ממשכנתא כשם שאין המלוה יכול לעכב על ב"ד מלמכרו לאחר כך אין השוכר יכול לעכב על בעל הבית מלמכרו לאחר וכו' יע"ש.

ואיברא דראיתי להרב המאסף אות קס"א כתב בשם המשפט צדק ח"ב סי' כ"א שתמה על תשובה זו של מרן שנר' סותר לתשו' אחרת שכתבה רבינו במחו' ל'

נכסי לך מהיום ולאחר מיתה, מלבד שאין לשון הרב הנז"ל מוכח כן שכתב בסי' הנז' דף קפ"ד סוף ע"א וז"ל אשר הנה כי כן לענין דינא נלע"ד דבריא האומר בזה הלשון נכסי או ממוני נתונים לך דהנה ברור בתר שימות יכולים יורשיו להוציא אותם מידו דהא נכסיו קא"ל בעודן נכסיו ולא לאחר מיתה שבטל שמו מעליהם וכו' ע"כ. פשט הדברים הללו מורים דלא איירי באו' מהיום ולאחר מיתה אלא בבריא שהקנה לו נכסיו בעודו בחיים וזיכהו בהם דאפ"ה היורשים מוציאין אותם מידו לאחר מיתה והוא הפך מה שפסקו הפוסקי הלכות ההיא דסי' ס"ו דכתיבנא, וגם אין הדעת נותן כן דמאחר שזיכהו הניתן וקבלם המקבל ובאו לידו ורשותו היאך יפה כח היורשים להוציאם לאחר מיתה הא ודאי לא יעלה על לב שום מורה לדון כן, ותו דאף דנימא ונפרש שדברי הרב הנז' איירי בבריא האו' נכסי נתונים לך מהיום ולאחר מיתה ועל זה קאמר דלא זכה בהם לאחר מיתה, עם כל זה אין דבריו נכונים שהרי הרשב"א אשר הביא שעד לתומכו כתב איפכא כאשר מבואר בתשו' הרשב"א שהביאה מרן הב"י בח"מ סי' הנז' וז"ל בתשו' מחודש א' האומר כל נכסי לך מעכשיו ולאחר מיתה ה"ק מעכשיו הגוף ולאחר מיתה הפירות וכו' הרי דס"ל דאף דאמר הבריא לשון זה דקנה המקבל מתנה. ואי כדברי הרב אמאי קנה הא לאחר מיתה אתו יורשים ומפקו מיניה שהרי אינם נכסיו דמת. אלא ודאי דס"ל דבבריא קנה.

באופן דלעד"ן שדין הרב הנז' ליכא למסמך עליה כלל לענין הלכה אלא דבש"מ האומר נכסי לפ' זכה ודלא כמ"ש הרב וכדהוכחנו מכמה ראיות הנז"ל הן מהש"ס הן מהפוסקים.

ובכן חזר הדין לכ"ד דאף שאמר שכל נכסיו נותנם במתנה זכתה אמו במתנתו ואין בה שום ערעור כלל. כל זה נשאתי ונתתי באמונה בפרט זה לדעת קושט דבר אמת לענין דינא להיות שילא לידון בדבר חדש אשר לא נמלא ומעשים בכל יום דלא דייקין בשטרות ההי דיוקא,

תו חזינא להרב עדות ביעקב בטעם רביעי שכתב דהא דאמרינן דעתה דמחלה כתובתה בההיא הגאה שכתב לה כל נכסיה לאו בשתיקה לחודא היא דכל היכא דאיכא למיתלי דמחמת כיסופא הוא דשתקה כיונא בכ"ד לא אמרינן דמחלה כתובתה ומטי בה מ"ש בעל העיטור בשם דייני מתיבתא ובשם הנשיא מנרבונה שהעלו דאי איכא סהדי בעינא דתימא בפני העדים שנתרלית בדבר למחול כתובתה יע"ש. ואני אומר דאיברא דכ"כ בעה"מ מיהו רואה אנכי דאין סברא זו מוסכמת להלכה שהרי עינינו הרואות בטא"ה סי' ק"ו בדין מחלק נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא והיא שתקה דמחלה כתובתה והיא סברה מוסכמת מכל הפוסקים כמ"ש מרן הב"י שם. ואי סברת בעל העיטור הנז' מוסכמת להלכה ולמעשה לא הוה שתיק מינה מרן הב"י אשר כל רז לא אניס ליה, וא"כ היכי אנן יתמי דיתמי נעשינה עיקר לענין הלכה. ותו דאף אם נלך אחר דין הרב ז"ל יש לחלק דלא אמרה הרב אלא בכ"ד דאיכא למיתלי דמשום כסופא הוא דשתקה. אכן בכ"ד לא שייך הך טעמא דכיסופא כלל וגם הרב הנז' נלע"ד דאזיל ומודה דשפיר יש לומר דמחלה כתובתה מכח אומדן דעת בההיא הגאה שנתן לה בנה כל נכסיו וזה ברור, הטעם הה' שכתב הרב הנז' דלא אמרו, דאבדה כתובתה אלא במנה ק"ק לא בנדונייא והאריך בזה, הנה ראיתי להפ"מ בח"ב סי' ל"ט דף קל"ב שעלה על דעתו לדון כן וכההיא דהמחלק נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא ושוב חילק ביניהם יע"ש. ושוב חשש לדברי הפרישה שכתב כן לעשותו סניף אבל לא להלכה, ותו דהיינו דוקא בכותב נכסיו לאשתו ארוסה אבל בכיונא בכ"ד שהבן נתן מתנה לאמו לא. וזה יספיק ג"כ לביטול הטעם הששי דלא שייכא לכ"ד. כל זה כתבתי לרווחא דמלתא אם נדמהו לההיא דכותב נכסיו לאשתו ארוסה.

ברם בכ"ד אין צורך לזה כלל דבלאו הכי זכתה האלמנה מכח מתנת בנה בכל נכסי אביו ואין עליה שום סרך שבועה כלל. וזה דבלשון נוסח מתנת הבן שנתן לאמו כתוב וז"ל טודאס סוס אזיינדאס מובלים אי איסטאבלים אי ארידיטוס פריזינטים אי אאוזאנטים וכו' סי לו דו פור דונאסיון די אינפירמו וכו' ואני שאלתי לבקיאים בלשון לעז בלשונותם בארצותם ופירשו לי הכונה: שכל נכסי מטלטלי ומקרקעי וירושות בין ממורישי אשר פה בין מירושות הנוגעות לי מאיזה מורישים שבמקום אחר וכו' אני נותנם במתנת שכ"מ לאמי וכו'. הרי שפרט שאפי' הירושות נתן לאמו וכיון שאביו מת והוא היורש דין תורה ונתן לאמו כל מין ירושה נמלא כאלו זיכה לאמו בכל נכסי אביו היורשו ואין לך פיטור מהשבועה גדול מזה כיון שבעת ההיא הוא היורש דוקא בנכסי אביו וירושתו כללה בכלל המתנה א"כ הא פקע מינה סרך שבועה וכיון שכן בודאי הגמור דהמתנה שנתנה היא וחלקה כל נכסיה פקע מינה דין אלמנה שנתנה קודם שנשבעה מכח מתנת בנה הנז' כדבר והאמור.

ומאחר עלות דזכתה האלמנה בכל נכסי בעלה מכח מתנת בנה שפיטרה מן השבועה כאמור, א"כ גם בנוסח מתנת בריא שעשתה האלמנה שכתוב בו ברעות נפשאי אני רוצה ליתן כל נכסי בין מהטוב אשר הטיב לי בני במתנת שכ"מ הנז' בין נכסי הידועים לי ברשותי כסף ושוה כסף מקרקעי ומטלטלי וכל מידי דמתקרי נכסי בין אותם שהם בעין בין הראוים לבוא לי אני נותנת בתורת מתנת בריא לבני אח בעלי וכו' כנז"ל אשר מתוך לשון זה דקדק החכם הפוסק יצ"ו דעד כדי כתובתה אין מתנתה קיימת משום דלא נשבעה כאשר העתקנו לשונו בראשית דברינו, אומר אני דאין אני שוה לו' לענין דינא בזה אלא מתנתה קיימת מכח מתנת בנה, ומה שאמרה בין נכסי הידועים לי וכו' כולה מלתא על מתנת בנה קאי וביאור דבריה אני נותנת כל נכסי בין מהטוב אשר הטיב לי בני במתנתו שנתן לי כל נכסיו ממש שהיו שלו בעין ובין נכסי הידועים לי כלו' שנתן לי ג"כ נכסי הידועים לי שהיא שטר כתובתי שנתנה לי במתנה ופטרני משבועה שכן אמר לי במתנתו שהירושות הנוגעות לו נתנם לי במתנה שבכלל הירושה הוא ממון אביו אשר בידי שכללה במתנתו כסף ושוה כסף מקרקעי ומטלטלי שהכל נכלל במתנת בני באופן שהיום כל הנכסים שלי הם מכח מתנתו ולכן אני נותנת אותם במתנה.

א"נ יש לפרש דמ"ש בין נכסי הידועים לי דעל נכסי נדונייתה קאמר דנוטלתן בלא שבועה, ומ"ש אח"כ כסף ושוה כסף וכו' מוסב על מתנת בנה שנתן לה הכל וכל מה דמלינן לתקוני לישנא דשטרא לזכות מקבלי המתנה מתקנינן דכל כי הא יד בעה"ש על העליונה כל שאין הלשון מנגדו וסותר הכונה כנודע וכמו שכתב הרשב"א בתשו' הביאה הב"י בח"מ סי' מ"ב דכל היכא דאפשר לקיים לשון השטר מפרשי' ומקיימי' ואפי' לעשות בעה"ש על העליונה ועיין במוהר"י אדרבי סי' רע"ט שהסכים לזה.

באופן דלעד"ן דקם דינא בכ"ד דזכו מקבלי המתנה איש ואיש כל א' בחלקו הנוגע לו כאשר זיכהו השם ואינם לא ימחה בידייהו כנלע"ד.

ישראל מאיר מזרחי.

שהרב ז"ל נשתטת על דברי הרשב"א הללו וקרא עליהם ערער לבטלם מכמה אנפי, חדא דמאומרו פעם ופעמים לענין שכיב מרע וכו' כנראה דבבריא דייקינן בדבריו ובאומרו נכסי מדמינן ליה לענין אוסר נכסיו כההיא דנדרים ומאחר דבבריא דייקינן הכי כל זמן שהם נכסיו משמע לאפוקי אם מת, ואם כן הלא למדונו רבותינו דמלתא דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע. וכההיא דאמר רבא פ' מי שמת שכיב מרע שאמר ידור פ' בבית זה וכו' לא אמר כלום דמלתא דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע .

תו חזי בה הרב תיוהא מדברי הרשב"א עצמו בתולדות אדם סי' ק"א שכתב בשכיב מרע שאמר שטר חוב שיש לי על פלוני נתון לפלוני ולא אמר איהו וכל שעבודיה דלא קנה דדי לנו אם עשינו מה שאמר ככתוב ומסור אך שנוסיף על דבריו שייטיל מה שיאמר יותר ממ"ש הבריא ומסר לה וכו' עד ואם נפשך לומר כל שהוא מזכיר הדבר נתקן הדבר וכו' זה יותר שיבוש שאם כן בשכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה וכו' אמאי לא אמר ולא כלום נתקן הלשון ונעשה אותו כאלו אמר ידור פ' בבית זה שאני נותן וכו' יע"ש. הרי שהסכימה דעתו דמלתא דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע ואין לנו להוסיף על דבריו ואפילו שמתבטלין דבריו לגמרי ואם כן גם באומר ממוני או נכסי דבבריא לא מהני גם בשכיב מרע לא להני אפילו שיתבטלו דבריו ומכח דרמי הני תרי תשו' דהרשב"א דחה הך תשו' דהרשב"א דסי' קכ"ח מהלכה ועשה עיקר ההיא דסי' ק"א וממנה סמך עצמו ועשאה עיקר להלכה ולמעשה דבאומר נכסי לאחר מיתה לא זכה מקבל המתנה זהו תורף דבריו יע"ש דרך ארוכה .

ואני עני ואביון לדידי חזי לי דלא מכרעא מלתא כאשר אבאר. הן קדם מה שדחה הך תשו' דסי' קכ"ח מהלכה מכח ההיא דסי' ק"א אני תמיה עליו, דאם איתא דכללא כייל הרשב"א דלעולם אמרינן דמלתא דליתיה בבריא ליתא בשכיב מרע ולגמרי אמרה לשמעתיה, אם כן איך לא שלטו עיני הרב הנז' במ"ש הרשב"א שם בתולדות אדם בתשו' דסי' ק"ב הסמוכה לה על שכיב מרע שאמר כל נכסי לפלוני והיו בהם שטרות אם קנה השטרות אעפ"י שלא אמר קנה לך איהו וכל שעבודא דאית ביה כדין אותיות שאינם נקנין אלא בכתיבה ובמסירה, או אי נימא דשכיב מרע שאני שדבריו ככתובין וכמסורין דמו, והשיב מההיא דפ' מי שמת שאמרו שטרא איקרו נכסי, ופירשה הרשב"א דבשכיב מרע איירי דהגם דבבריא לא מהני אלא בכתיבה ומסירה מ"מ בשכיב מרע מהני מכח האומדנא דכיון שכללן בכלל שאר נכסין אנו אומדין דעתו שמתוך חוליו קיצר בלשונו ולא אמר הן וכל שעבודן זת"ד שם יע"ש, וגם בח"א מתשו' הרשב"א סי' תתקי"ח כתב כן יע"ש. ואם כדברי הרב הנז' דלגמרי ס"ל להרשב"א דמלתא דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע, אם כן יקשה על הרשב"א מקלתו אל קלתו דהא מאחר דס"ל דבבריא האומר כל נכסי לפלוני והיו בהם שטרות לא מקנו אלא בכתיבה ומסירה א"כ גם בשכיב מרע היה לו לדון דלא קני דהא מלתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ ואם מצד דאומדנא מהני בש"מ גם בבריא ניזיל בתר האומדנא ומאי שנא הא מהא, ותימה מהרב הנז' איך לא שלטו עיניו בתשו' הסמוכה לה דסי' ק"ב כי סמוך ונראה ובפרט ההיא דסי' תתקי"ח דבחדא תשו' היא. אלא ודאי עכ"ל דלא פסקא למלתא הרשב"א ולאו כללא כייל הא דכל מלתא דליתא בבריא ליתא בש"מ וכו' אלא דאיכא דוכתי דדייקינן ליה הכי כגון ההיא דהאומר תנו שט"ח לפלוני שהקנה במתנה בפירוש השטר אז הוא דקאמר דלא מהני אם לא בכתיבה ומסירה דומיא דבריא ואין לנו להוסיף ולתקן לשונו וכההיא דהאומר ידור פ' בבית זה דאמרינן דלא קנה מטעם דמלתא דליתא בבריא וכו' משום דטועה בדעתו הוא וסבור דהדירה מקנייא באמירה אף הוא סבור דאותיות נקנות בלא כתיבה ומסירה וטועה בדעתו הוא כל כי הא ודמי להו הוא דאמרינן דלא מהני מטעם דכל מלתא דבריא הילכך אין לנו להוסיף ולתקן דבריו וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ג סי' ב' להך טעמא יע"ש, אבל באומר נכסי אף דבבריא אמרינן דאין השטרות בכלל בש"מ לא אמרינן הכי אלא השטרות בכלל וכאשר נתן טעם לשבח הרשב"א בסי' ק"ב יע"ש מכח האומדנא. אמור מעתה דגם באומר נכסי או ממוני הגם דבבריא לא מהני כה"ג בש"מ מהני מכח האומדנא כמ"ש בסי' קכ"ח באופן דאיכא דוכתי דמהני בש"מ מכח האומדנא ואיכא דוכתי דלא מהני ומדמינן ליה לבריא ולאו לגמרי הוא ומהראיה שהביא הרשב"א לדון דבש"מ באומר כל נכסי אף שטרות בכלל אפי' בלא כתיבה ומסירה שכתב. וז"ל בסי' תתקי"ח הנז' אלא ש"מ שאמר כל נכסי לפלוני והיו בהם שטרות אעפ"י שלא אמר הם וכל שעבודן נראה לי דקנה מדאמרינן התם שטרות איקרו נכסי ואיכא למידק היכי דמי אי אמר נכסי וכל שעבודן ה"ז כמפרש וכו' ואי דלא אמר וכו' אלא עכ"ל בש"מ שאמר נכסי סתם וכיון דאמר כל נכסי כאלו פירש לו הם וכל שעבודם וכו' יע"ש. הרי שהוכיח דמיירי באומר כל נכסי סתם ותו לא, וא"כ מראיתו זאת וממקום שבא משם ראיה הפך דין הרב ז"ל, דמאחר דמיירי באומר נכסי סתם קשה דהיכי קני מקבל המתנה אחרי מותו הלא נכסי קאמר ואחרי מותו נכסי יורשים הם ולא קנה, ומריהטת הש"ס נר' דקנה מדמספקא ליה אי ש"ת איקרי נכסי ובכולהו מילי קנה אלא ודאי מכאן יש להוכיח הפך דין הרב דבש"מ באומר נכסי קנה מקבל המתנה.

ותו דהך תשו' דהרשב"א דסי' ק"א אשר עשאה הרב עיקר הלא עינינו הרואות אשר רבים לוחמים וכ"ל דבש"מ שאמר תנו שטר זה לפ' דקנו אפי' בלא כתיבה ומסירה ראשון לציון הר"מ פ' עשירי מה' זכייה וז"ל וכן אני אמר שט"ח שיש לי על פ' תנו לפ' זכה במה שיש בשטר וכאלו כתב ומסר אעפ"י שלא משך השטר וכ"כ שם הרב המגיד יע"ש והרן בפ' מי שמת וכן דעת בעה"ת שער נ"א סוף ח"ד גם דעת הרא"ש כלל פ"ג סי' ד' יע"ש. גם הטור בח"מ סי' רנ"ג פסק כן ומרן ז"ל בשולחנו הטהור סי' רנ"ג סעיף ד' פסק כן יע"ש. ועיין בש"כ סי' ס"ו ס"ק קכ"ט ובסי' רנ"ג סי' כ"ח שהכריח כן לדינא יע"ש. הרי דאין סברת הרשב"א הנז' מוסכמת להלכה. ומזה למדנו דהגם דבבריא אותיות אינן נקנות אלא בכתיבה ומסירה ש"מ שאני משום שדבריו ככתובין ומסורין דמו הפך דעת הרשב"א אמור מעתה דגם בבריא באומר נכסי לפ' לא מהני. אפ"ה בש"מ מהני מכח האומדנא. ובכן הך תשובה דסי' קכ"ח דהרשב"א דסמכה היא ועליו יש לסמוך והלא כמ"ש הרב ז"ל.

ותו דהך תשו' דהרשב"א דח"א סי' תתקי"ח והך דח"ב סי' ק"א שהעלה דבש"מ שאמר תנו שט"ח לפ' דלא מהני אלא בכתיבה ומסירה. חזינא בהו תיוהא מה שכ"א גופיה בח"א סי' תתקס"א דנר' הפך מהם שכתב בתשו' וז"ל ואם היו אותן נכסים שט"ח ולא נתנם לו בכ"ו וכו' לא מהני ואין המתנה כלום אלא אם היה הנותן ש"מ דדברי שכ"מ ככ"ו דמו ע"כ. הרי הסתירה מבוארת דהיאך כתב דבש"מ מהני הא להקנות השטרות בלתי כ"ו הרי זה הפך מ"ש בתשו' הנז' וצ"ע לע"ד .

ותו דמי גילה לו רז זה דבבריא האומר נכסי לא מהני לאחר מותה דבמאי קא מיירי, אי באומר נכסי לפ' הרי הלכה אלינו דמהני בבריא וכדאמרינן פ' המוכר את הבית דף ס"ב יע"ש וכן פסקה מרן בשולחנו סי' ס"ו ס"ג זולת השטרות דלא מקנו יע"ש. ואי מיירי בבריא האומר

נכסי

כן יש לדקדק בכל השטרות הכתוב נכסי כל זמן שבחיים משמע וכתב דאין לומר דאין לדמות נדרים לעלמא שהרי הריב"ש עלמו שם באותה תשובה כתב דיש לדמות לשון בני אדם לנדרים כדמוכח שם וא"כ מדויל ידיה משלים דגם באומר נכסי יש לדמותו להחיא דקונס לביתך דכל זמן שקרוי ביתו במשמע ה"נ בכותב ואומר נכסי דכותיה, והיאך כתב הרב הריב"ש דדוקא בההיא הוא דדייק רב אשי בנכסיך ולא לאחר מיתה אבל בשאר שטרי מתנות לאו דוקיא היא. זהו תורף דברי הרב הנז' יע"ש דרך ארוכה.

מ"מ אני בעניי אומר דאם הלכה נקבל ואם לדין יש תשובה, דתברא בגידה. דאיברא שכך כתב הריב"ש דיש לדמות לשון בני אדם לנדרים מיהו לאו כללא כייל הכי ולאו לגמרי אמרה לשמעתתיה, שהרי כתב הריב"ש גפויה בתשו' הנז' וז"ל אלא שלפעמים כשאין לשון בני אדם ברור בדבר ההוא הולכים אחר לשון תורה כדאמרינן פ' מי שמת ההוא דאמר לדביתהו נכסי לך ולבניך אמ"ר יוסף קנאי פלגא ואמ"ר יוסף מנא אמינא לה דתניא והיתה לאהרן ולבניו מחצה לאהרן ומחצה לבניו עכ"ל יע"ש, הרי דלאו כללא כייל לגמרי מדמינן לנדרים דכל שאין הלשון ברור הולכים אחר לשון תורה כההיא דמי שמת שהביא דקנתה מחצה, ואם כדברי הרב הרי ההיא דמי שמת אמר נכסי לך ולבניך ואם כדבריו דלישנא דנכסי מורה כל ימי הויתו נכסיו ולא לאחר מיתה דנכסי יורש הוו א"כ אמאי אמרינן דאשתו קנתה מחצה הרי מתנתו לאחר מיתה הוא וההיא שעתא לאו נכסי דידיה הוא אלא של בניו וא"כ להוו כלהו נכסי לבניו ואין לאשה שום חלק בהם, אלא ודאי דלישנא דנכסי לאו דוקיא היא וגם אחר מיתה קרויין נכסיו ולא דייקינן לישנא דנכסי ולהכי קנתה מחצה, ונמלא דממקום שבא להביא סעד לתומכו מדברי הריב"ש מיניה תברתיה דלאו לגמרי קאמר דמדמינן לשון בני אדם לנדרים אלא איכא דוכתי דמדמי' להו ואיכא דוכתי דלא, וכי תימא דההיא דפ' מי שמת לישנא קייטא נקט הש"ס ומיירי באומר נכסי אלו לך ולבניך אלא שהש"ס קילר. וכמו שדן הרב הנז' עלמו מכמה דוכתי בש"ס דנקט לישנא דנכסי ואפי"ה פי' הרב דלישנא קייטא הוא דנקט ומיירי באומר נכסי אלו, הא לאו מילתא. חדא דאין זה אלא דמפיק ודחיק ואתי מרחיק ודקדוקי עניות הם וכמו שנוכיח לקמן בס"ד.

ותו דכל חיליה דהרב הוא לדמות כ"ד להחיא דקונס לביתך ולדמות ממונות לאיסורא, והרי הריב"ש גופיה בסי' שכ"ו בההיא דקונס לביתך נשאל אם מכרו וחזר וקנאו אי מיתסר, או לא והשיב דודאי אף אם חזר וקנאו מתסר ולא אמרינן פנים חדשות באו לכאן ונרגם מההיא דפ' המוכר את הבית דף ס"ג בבן לוי שמכר את השדה ואמר לו ע"מ שמעשר ראשון שלי הרי הוא שלו וכו' מכרה וחזר ולקחה אין לו עליו כלום, והשיב דמאי קא מדמי איסורא לממונא התם משום שיורא וכו' עד אבל גבי איסורא כיון שאסר ביתו עליו אפי' שמכרו וחזר וקנאו ביתו מיקרי יע"ש. הרי דהריב"ש גופיה כתב דלא מדמי' ממונא לאיסורא והרי הוא עלמו בסי' ר"ז כתב דמדמינן שטרות לנדרים ותיקשי מדיריה אדידיה. אלא ודאי עכ"ל דלאו לגמרי מדמינן ממונות לנדרים אלא איכא הכי ואיכא הכי, אף אנו נאמר דאין לדמות נדון הרב דאמר נכסי להחיא דביתך דאיסורא לממונא לא מדמינן ובאומר נכסי לגמרי משמע ואפי' לאחר מיתה וכמ"ש הריב"ש ומוהריק"ו ז"ל, ויגיד עליו מ"ש הריב"ש בתשו' סי' ת"ע ומשי בה בשם הרמב"ן שש"מ שאמר נכסי לך כל ימי חייך אין המקבל יכול לחזור ואם מכר יורשי הנותן מוליאין מיד הלקוחות יע"ש. משמע דכל ימי המקבל זכה במתנה לאכול הפירות, ואמאי זכה המקבל כלל הלא נכסי קאמר ליה ואחר מותו לאו נכסיו מיקרו אלא דיורשים והו"ל כההיא דקונס לביתך, אלא ודאי דנכסי לגמרי משמע אפי' לאחר מותו ולא דייקינן בלישניה דומיא דההיא דבנכסיך ולא מדמינן ליה לנדרים להא מלתא, ולא מלינא למימר דאיירי באומר נכסי אלא דתינח בלישניה דהש"ס דאמרינן דלישנא קייטא נקט, אבל בלשון הפוסק הי"ל לפרש, גם הרא"ש בתשו' כלל פ"ב סי' ה' השיב על מה שנשאל על ראובן שליוה בעת מותו שמה שתלד כלתו ירש חלקו בנכסיו כאחד הבנים וכו' והשיב דלא זכה משום דהו"ל מזכה לעובר יע"ש, ואם כדברי הרב נ"ל האי טעמא תיפוק ליה דמנכסיו קאמר ואחר מותו לאו נכסיו נינהו אלא דיורשין ולא זכה אפי' שהיה בעולם, אלא ודאי דלא דייקינן בהכי, ועוד ממקומות הרבה מהאחרונים יש להוכיח הפך דינו ואם באנו להוסיף אסופות כמעט כולם חלוקים עליו בזה כאשר יראה הרואה והוא להג הרבה.

ועוד סמך עלמו הרב מלשון חכמים דתנן בנן נוקבין דיהוי ליכי מינאי תיהוון יתבן בביתי ומתזנן מנכסי בחיי ובתר חיי עד דתלקחן לגוברין וכן מההיא דתנן את תהא יתבא בביתי ומתזנה מנכסי כל ימי מגר אלמנותך, ואי לישנא דמנכסי משמע נמי לאחר מיתה ל"ל למימר בחיי ובתר חיי דבמאמר מנכסי די, וכן באשתו ל"ל למימר כל ימי מיגר וכו' אלא ודאי שהולרך הדבר לאו' כדי שלא נאמר לאחר מיתה תו לאו נכסיו מיקרו אלא דיורשין אמטו להכי הולרך לומר בתר חיי וכל ימי מיגר אלמנותיך זת"ד יע"ש. ולדידי דקדוקין אלו אין בהם כדי שביעה שהרי פשפשתי ולא מלאתי הך לישנא דבנן נוקבן וכו' בחיי ובתר חיי אלא כך שנו חכמים בלשון המשנה בפ' נערה בנן נוקבן וכו' ומתזנן מנכסי עד דתלקחן לגוברין ותו לא והולרך הדבר לומר עד דתלקחן וכו' דלא תימא דלתזנו כל ימי עולם להכי קאמר שחיובו אינו אלא עד דתלקחן לגוברין ולא עוד, ותו דהלשון אפי' שהוא כך בחיי ובתר חיי לריכה למימר משום דמשום שלימא שנינו האב אינו חייב במזונות בתו אלא כבר שית כבר שבע ותו לא, ואילו תנן להוו מתזנן מנכסי הוה אמינא דוקא עד שית ושבע אמטו להכי לריכא למיתני בחיי ובתר חיי דתנאי כתובה כן הוא אפי' לאחר מותו. גם ההיא דאת יתבא בביתי וכו' אי לא קאמר כל ימי מיגר אלמנותיך הוה אמינא אפי' שנשאת לאחר תהוי מתזנא מנכסיו לאפוקי מזה קאמר כל ימי מיגר אלמנותיך ובדוקא נקט לה בלופן שאין זה כדאי לדין הרב הנז' ז"ל.

ותו דהא בפ' מליאת האשה תניא האומר אל יזונו בנותיו מנכסיו אין שומעין לו ופירש רש"י ז"ל משום דתנאי כתובה הוא אל יתפרנסו בניו מנכסיו שומעין לו שהפרנסה אינה בתנאי כתובה ע"כ. וההיא בש"מ היא כמו שכתב הר"מ פ' י"ט מה' אישות והטור אבן העזר סי' קי"ג יע"ש, ואם כיסוד הרב הנז' באומר אל יתפרנסו וכו' למה לי לטעמא שהפרנסה אינה מתנאי כתובה בלאו הכי תיפוק ליה דמנכסי קאמר ואחר מותו לאו נכסיו נינהו אלא דיורשים, והפסקי הלכות כתבו כלשון הזה כלורתו, אלא ודאי הך דוקיא לאו מידי ניהו ולית ביה משש.

ועיני ראו במאי דמסתמיך הרב ז"ל לדינו זה שדימהו להחיא דנדרים דהאומר קונם לביתך הבית תשובת הרשב"א דספר תולדות אדם סי' קכ"ח דהשואל דימה אומרו נכסי להחיא דקונס לביתך והשיב לו הרשב"א דבזה יפה דקדק אלא שבנדונו וכו' עד ועוד נ"ל דלענין שכיב מרע שאמר נכסי אין אנו דנין בו כענין אוסר נכסיו ששכיב מרע שליוה על נכסיו אומדן דעתא היא שאינו מתכוין באומרו נכתי בעודן נכסיו שאם כן ביטלת דבריו לגמרי וכו' יע"ש. הרי ממקום שבא אף הוא ראה דבשכיב מרע לא דייקינן הכי דאם כן ביטלת **דבריו** לגמרי. ועם

שהרב

דן אנכי בכ"ד לומר דודאי בהסיא הגאה דכבוד גדול עשה לה בנה לכתוב לה כל נכסיו דודאי דמחלה כתובתה ותעמוד על מתנתה ואין כאן מחילה בטעות כלל כדבר האמור.

ברם אנכי לבי מהסס בדבר ממה שעיני ראו ולא זר בשו"ת עדות ביעקב לכמהר"י בוטון סי' ע' במה שנשאל בבית דינו הצדק על איש אחד שנתן מתנה לבנו קרקע מיוחד ואמר שכל שאר נכסיו תהיה אשתו סיניורה אי פאטרונה אין איליום כמוזכר שם בשאלה, ויהי כמשיב דאין שום זכות לאשה במתנה זו והאריך בביטולה משבעה טעמים שנתן הרב ז"ל ושני הטעמים הינם נוגעים לנ"ד לכך ידי מסולקות מהם. אך ורק טעמו השלישי שהורה בביטול המתנה ההיא להיות דשייך לנ"ד זכור אזכרנו למען אודיע דין אמת לאמיתו וה' אלקים יעזור לי ואלו דבריו ז"ל: הטעם הג' והוא מן השנים נכבד וכו' והוא דנלע"ד דאין במתנה הזו דנ"ד ממש על שאמר אי איל ריסטו די מי אזיינדה מי מוז'יר וכו' הרי שלא הזכיר במתנה אלא נכסיו או ממונו ותכף שמת יצאו הנכסים מכלל ממונו ודמי להא ששנינו פ' השותפין קונם ביתך שאני נכנס וכו' מת או מכרן ה"ז מותר וכו' עד א"כ דכותה ה"נ ממונו אמר והרי תכף אחר מיתתו יצאו מכלל ממונו והינם אלא מהיורשים וכו' יע"ש שהאריך בטעם זה ובנה עליו מלודים ייחזקהו במסמרים לא ימוט וכמו שנבאר לקמן בס"ד.

ובבן תרתי אני בלבי בנ"ד בנוסח מתנת ש"מ שנתן הבן לאמו המונג לפני, כתוב בלשון לעז וז"ל קי קירי אי אים סו בֿילונטאד קי טודאס סוס אזיינדאס מובלים איסטאבלים וכו' טודו סי לו זו פור דונאסיון די אינפֿירמו וכו' ופירושן שרצונו וחפצו שכל נכסיו מטלטלין ומקרקעי וכו' הנני נותנו במתנת ש"מ לאמי פ'. הרי שלא הזכיר אלא נכסיו וממונו וא"כ תכף שמת יצאו הנכסים מכלל ממונו והינם אלא מהיורשים כטעמו ונימוקו של הרב עדות ביעקב הנז' וא"כ נמלא שמתנת בנה שנתן לאמו מבוטלת תיבטל כחרס הנשבר שאין בו ממש כטעמיה וכהלכתיה דהרב הנז' ז"ל, אלא דאנכי הרואה דאם באנו להצדיק דין הרב הנז', אדילף לה מהסיא דקונם ביתך וכו' דאוסר עלמו הנידר, טפי הי"ל לדמותו להא דבעי התם בפ' השותפים בעי אבימי קונם לבית זה שאתה נכנס מת או שמכרו לאחר מיהו, אדם אוסר דבר שברשותו לכשילא מרשותו או לא, ופשיט לה רבא דאסור יע"ש. אלמא דדוקא בהדירו לבית זה הוא דמתסר הא אם הדירו ואמר קונם לביתי שאתה נכנס אם מת או מכרו שרי ליכנס דהא ביתי קאמר וכשמת או מכרו הרי יצא מרשותו ושרי, וכן פסק בטור י"ד סי' רי"ו להדיא יע"ש. והשתא לפי זה דומה ממש להיכא דנותן מתנה ואמר נכסי משמע כל שהם ברשותו, והנדון דומה לראיה ממש ולמה לו לדמותו לקונם לביתך שאוסר עלמו הנידר, וכ"ש למה שהעלה והכריח מרן הב"י שם בעד הטור דבאומר קונם לביתי אפי' שאמר בחיים ובמות אם מת או מכרו מותר. והגם שתמה מרן הב"י על הטור בזה והניחו בל"ע עיין בבית חדש מה שהלין לתמיהה זו, ולע"ד הי"ה נ"ל להלין בזה שדעת הטור בזה כדעת הר"מ שהוכיח מרן הב"י בעד הר"מ שאפילו באומר נכסי אלו או פירותי אלו ודומיהן אם מת או מכרו שרי דמשום לישנא דנכסי או פירותי הוא נתפס ולא במאמר אלו יע"ש בסי' הנז' בבית יוסף. אף אנו נאמר בעד הטור דס"ל דהגם שאמר לביתי בחיים ובמות אפ"ה בשום ביתי הוא נתפס שהוא לשונו הראשון ולא תפסיק לשון אחרון דבחיים ובמות וכדעת הר"מ ולכן כל שמת או מכרו שרי דהרי אינו ביתו כנלע"ד. נקוט מיהא דבאומר קונם לביתי שאתה נכנס אף שהזכיר בחיים ובמות במת או מכרו שרי שהרי אינו ביתו כ"ש באומר נכסי נתונים דבמת לא זכה שהרי יצאו מרשותו ומ"כ לא ידענא אמאי הרב הנז' לא דימהו לזה. תו קשה שנדון הרב אם באנו לדמותו לנדרים הדבר נשמע בהדיא מהש"ס פ' בין המודר דף מ"ב אמתני' דתנן המודר הנאה מחבירו לפני שביעית דאיפליגו רב ושמואל עם ר"י ור"ל עלה, ובמסקנא אסיקנא כי אמרי ר"י ור"ל בנכסי ורב ושמואל בנכסים אלו ולא פליגי, ופסקה הר"מ ז"ל פ"ז מה' נדרים יע"ש הרי דבנכסי מותר בשביעית ובנכסים אלו אסור המודר בשביעית וזה ממש ראיה מודקת לדין הרב ז"ל דומה בדומה והרב הנז' הוא לא ידע ונעלם ממנו הסוגייא הנז'.

תו חזינא להרב הנז' עשה לו סמוכות לדינו מההיא דר"פ הכותב דפריך הש"ס ותימא ליה מכל מילי סליקת נפשך ופריק אביי יד בעה"ש על התחתונה. ורב אשי מפרק לה בנכסיך ולא בפירותיהן בנכסיך ולא לאחר מיתה ופירש"י בנכסיך אמר לה אבל לא בפירותיה, ובעודן שלא קאמר לה דהא בנכסיך קאמר ולא לאחר מיתה שבטל שמה מעליהן ע"כ, הא קמן דרב אשי דהוא בתרא ס"ל למידק הכי גם בכל שאר משא ומתן ושעבוד של בני אדם.

ואנכי תולעת ולא איש אדון לפניו בקרקע בכל פרט זה לפקע"ד ואם דל הוא ראשית בכורי כל בראיתו זאת מדברי רב אשי דדייק לישנא דבנכסיך ולא לאחר מיתה ובודאי דהלכתא כותיה, הא ודאי לאו מלתא היא דרב אשי לא אמרה למלתיה אלא לדברי ת"ק דס"ל דטעמא דאם מתה יורשה הוי מדוקיא דבנכסיך ולא לאחר מיתה. אבל אם אמר בחייך ובמותך ס"ל לת"ק דאם מתה אינו יורשה כדתנן במתני'. מיהו אנן לענין הלכה דהיינו דוקא בכותב לה בעודה ארוסה אבל בכותב לה לאחר שנשאת אף שכתב לה דין ודברים וכו' בחייך ובמותה אם מתה יורשה כמ"ש הר"מ פכ"ג מאישות והטא"ה סי' ס"ט וסי' צ"ב יע"ש. וכן דעת הרי"ף והר"ן ז"ל יע"ש, הרי דאף דכתב בחייך ובמותך לא אזלינן בתר דוקיא אלא אם מתה יורשה מטעם דאלים כחו דבעל לענין ירושה ואין סילוקו מועיל וכאשר נתנו טעם לשבח הרמב"ן והרשב"א יע"ש בב"י, וא"כ גם בכותב לאשתו נשואה דין ודברים אין לי בנכסיך אם מתה יורשה ולאו מדוקיא דבנכסיך ולא לאחר מיתה אלא היינו טעמא משום דאלים כחו דבעל לענין ירושה ולא מלי מסלק נפשיה מירושה הראויה אליו שהרי אפי' פי' בחייך ובמותה אמרינן דיורשה ה"ה והוא הטעם לאומר דין ודברים אין לי בנכסיך דאם מתה יורשה מטעם דאלים כחו של בעל לענין ירושה, אף אנו נאמר לדעת רב אשי דהיינו טעמא דרב אשי דדייק בנכסיך ולא לאחר מיתה משום דאלים כחו של בעל לענין ירושה ואפי' בארוסה ס"ל לת"ק כן דאלים כחו דבעל אלא א"כ התנה בפירוש בחייך ובמותך דאז הוא דאינו יורשה. אבל לעולם דבעלמא אף דכתב נכסי כמו בנותן מתנה אפי' לאחר מיתה משמע. ועיין בתוספו' בפ' חזקת דף מ"ט ד"ה וכדרב כהנא וכו' שכתבו דשאני לענין ירושה דאלים כחו של בעל יע"ש. ותו דמי גילה לו רז זה דהלכתא כרב אשי מדוקיא דבנכסיך הלא סתם פסקו הפוסקים דבכותב דין ודברים אין לי בנכסיך דאם מתה יורשה ולא ביארו מאיזה טעם הוא ואפשר שטעמם הוא כדמשני אביי משום דיד בעה"ש על התחתונה.

ותו דהרב ז"ל לפה והביט אף הוא ראה מ"ש מוהריק"ו שורש ז' והריב"ש סי' ר"ז שכתבו דבשאר שטרות כגון מתנות ודומיהן באומר נכסי לגמרי משמע אפי' לאחר מותו ודוקא הכא הוא דדייק רב אשי הכי אבל בעלמא לא ומאחר דהני אשלי רברבי כתבו כן בפשיטו' מאן ספין ומאן רקיע לעמוד כנגדן, והגם שהרב הנז' קרא תגר ואזר כגבר חלציו ועמד ופטפט כנגד מוהריק"ו והריב"ש מההיא דקונם לביתך דנדרים דמשמע כל זמן שקרוי ביתו וגם מההיא דרב אשי דדייק בנכסיך ולא לאחר מיתהד כמו

כן

מ"מ כיון שיש מרבותיו חולקים יש להסתפק וכו' עד ולענין מעשה צ"ע אם יש לחוש לזה מרבותיו של הרשב"א עכ"ל, ומאחר דהני אשילי רברבי נרתעו לאחוריהם לענין מעשה וחשו לס' רבותיו של הרשב"א א"כ איפוא איך מלאני לבי לדון בהחלט כס' הרשב"א וסיעתיה נגד רבותיו העומדים לנגדי.

אף אתה אמור לו מי שלבו נוקפו אומר כן דאיברא שמוהר"ש גאון ז"ל ומוהר"ש יונה ז"ל חשו לס' הרשב"א ז"ל כנז', מ"מ אנכי הרואה למוהר"ש יונה ז"ל מיה"ר הדר ביה בתשו' סי' מ"ו דף כ"ב ע"ב איזן ור' ך והעלה דמ"ש הרשב"א דיש מרבותיו וכו' אינו אלא הרי"ף לחודיה שהרי רבותיו המפורסמים הם רבינו יונה והרמב"ן ושניהם ס"ל דאם פירש דבריו תו לא אמרינן דהוי אפוטרו' ומכח זה הוכיח דיש מרבותיו הרשב"א אינו אלא הרי"ף ז"ל יע"ש. וגלוה אליו בזה הרב כנה"ג בא"ה בהגהתו לבית יוסף סי' ק"ז אות ב' כתב כן בפשיטות יע"ש. והנה כי כן הו"ל הרי"ף יחיד בסברה זו נגד רבים הרא"ש והרמב"ן ורבינו יונה ומוהר"י ן' מיגאש והרשב"א וכל כי הא אמינא דהלכתא כוותיהו דרבים נינהו נגד הרי"ף ז"ל וכותייהו נקטינן. ומוהר"ש גאון בס' הנז' לא שלטו עיניו בדברי מוהר"ש יונה הנז' וברי לי דאי הוה חזי להו מהדר קא הדר ביה. ולכן הדר דינא לנ"ד כדכתיבנא דהואיל ופירש דבריו בעת המתנה דלא תיהוי כאפוטרו' פשיטא דמתנה גמורה הי"ז לדעת כל הפוסקים שהבאתי, וגדולה מזו כתב הרא"ש בתשובה הנז"ל דמכח לשון השטר דאיכא הוכחה דלמתנה איכוון תו לא אמינא דהוי אפוטרו' כנז"ל. גם הטח"מ סי' רמ"ו כתב בשם רבינו יונה שאם כתב בשטר ותהא רשאה ושלטאה למכור ולתת לאחרים דקנתה וכ"כ הנ"י יע"ש. גם מוהרש"ך בח"א סי' ק"ה כתב דממ"ש בשטר שלא יוכל שום יורש או יורשת ולא תובע לתבוע ממ' גאמילה וכו' דמוכח מזה דלהקנאה גמורה איכוון יע"ש. גם הרב מוהר"ש חיון סי' ל"א הסכים לדברי הטור הנז' שהביא בשם רבינו יונה. הרי דבהוכחה בעלמא סגלו דהוי מתנה. והגם שכתב מוהר"ש יונה דאין זה מספיק להוציא מיד היורשים יע"ש סי' מ"ו, מ"מ בנ"ד שפי' בהדיא ודאי דבטלה האומדנא וכדעת כל הנז"ל.

ותו נ"ל דאפי' לדעת הרי"ף ורבותיו של הרשב"א דס"ל דבירר לא מהני לא אמרו דוקא אלא באשתו אבל בבנו אי פריש פריש, וכיולא בזה כתב הרמב"ן בשיטתו לבתרא ש"ה דלגבי אשתו אפי' אי פריש להדיא לא עשאו אלא אפוטרו' אבל בבנו אי פריש וכו' יעשו כפירושו וכו' יע"ש. וכן אפשר דהיא ס' הרי"ף ורבותיו דהרשב"א ז"ל. ואל יקשה עליך דא"כ כשהוקשה לו להרי"ף ז"ל אההיא דשמואל דאמר הכותב כל נכסיו לאשתו וכן לבנו דלא עשאה אלא אפוט' מההיא דריב"ב כנז"ל ותי' בין כותב לאומר כנז'. ואם איתא לימא דהיא דריב"ב בדפריש הא דאז יעשו כפירושו והיא דשמואל בסתמא מיירי. ומדלא משני הכי אדרבא אית לן למימר דס"ל להרי"ף ודעימיה דאף בבנו ופריש לא מהני דומיא דאשתו. הא לא תברא דלעולם בבנו ס"ל דאי פריש פריש ולא דמי לאשתו. והא דלא מוקי היא דריב"ב בדפריש משום דריב"ב נקט האומר אים פ' וכו' דבסתמא משמע דמיירי הלכך לא תריץ הכי, אבל לעולם דלענין דינא ס"ל דבבנו אי פריש מהני וכן דעת רבותיו של הרשב"א ככ"ל ולפי זה הדר דינא דבנ"ד דפריש ודאי דמתנה גמורה היא.

ותו דאף דנימא שדעת הרי"ף ודעימיה דפריש לא מהני בין בבנו בין באשתו, דיינו שנאמר כן במאי דאמור רבנן דהוי אפוטרו' אבל בשאר קרובים לא. תדע לך שהרי מוהר"ש יונה בסי' מ"א נסתפק בכותב כל נכסיו לבן בנו אי הוי כבנו לענין דנימא דלא עשאו אלא אפוטרו' או לא, והראה פנים לכאן ולכאן דמתחלה כתב דגם בבן בנו הוי רבינו ולא עשאו אלא אפוטרו', ושוב הביא דברי בעל העיטור דנר' מדבריו דבבן גמו הוי מתנה, ובסוף דבריו כתב שם דאין ולאו ורפיא בידיה דאע"ג דבעל העיטור כתב דהוי מתנה גם בא"ז כתב דאם כתב לאחד מן האחין או שאר קרובים דהוי מתנה וכו' מ"מ דעתו מסכמת דבן הבן שאני. באופן דלא גזר אומר מאי דיניה דבן הבן ובספק הדבר תלוי כאשר יראה הרואה לשם. אמור מעתה דבכותב כל נכסיו לאמו בין האחין כיולא דנ"ד לית דינא ולית דיינא דיסבור דהוי אפטרו' אלא דוקא מתנה גמורה היא וכדאמרן. על אחת כמה וכמה דבנ"ד פי' להדיא דלא עשאה אפוטר' אלא למתנה גמורה דפשיטא דמתנת אם מתנה גמורה, דדיינינן ליה ככותב לאשתו ארוסה וגרושה דאפי' בכתם אמרינן דהוי מתנה גמורה מכ"ש כספי' בהדיא כיולא דנ"ד דפשיטא דהוי מתנה גמורה וזה ברור ופשוט מאד לעין כל והאריכות בזה אך למותר.

והואיל ובאנו לידי מידה זו יש לדמות נ"ד לההיא דגרסי' בפ' יש נוחלין דף קל"ב הכותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליה שט"ח רא"א תקרע מתנתה וכו' וחכ"א תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה ופסקו הפוסקים הלכתא כחכמים דבההיא הנאה דעבד לה מאן דיקר דכתב ניהלה כולהו נכסי מחלה כתובתה וכו'. וכתב רשב"ם ומיהו מחילה בטעות ליתא דבההיא שעתא מתנה גמורה היתה דהא אי בעי בעל מסלק לה בזוזי ע"כ יע"ש, דון מינה לנ"ד דהבן שנתן לאמו כל נכסיו במתנה, הבן במקום בעל קאי ועליה מוטל לפרוע כתובת אמו כי הוא היורש אין עוד מלבדו ועליו מוטל פירעון כתובתה אחר שישביענה והרי הוא נתן לה כל נכסיו ובכללם נכסי אביו מאחר שהוא יורשו דין תורה כי במקום ברא ברתא לא תירות והו"ל כל נכסי אביו דידיה נינהו ומאחר שנתן לה כל נכסיו הרי נכסי אביו דקיימי ברשותיה ובחזקתו בכלל נכסיו הם וממה שנתנם במתנה לאמו נמצא שכבר פטרה מהשבועה בכלל המתנה ההיא וא"כ תו ליכא עלה לתת השבועה כלל, והנה כי כן זכתה בכלל מתנת בנה בכל נכסי אביו המוריש ופקע ממנה סרך שבועה וכדבעינן למימר לקמן בס"ד מכח נסחת לואת בנה, והנה כי כן מתנותיה שנתנה אחרי כן קיימות בלי שום פקפוק מאחר שעשאה הבן רשאה ושלטאה בכל נכסיו ונכסי אביו נכסי דבן נינהו והרי זכתה אמו בהן מכח מתנת בנה שנתן לה כל נכסיו ולא שייך כאן דין אלמנה שנתנה קודם שנשבעה על כתובתה. מאחר דזכתה בכלהו נכסי בנה ואל מהמתנה שנתן לה בנה.

ותו דבלאו הכי יש לדומה דומה לההיא דיש נוחלין שהבאתי שהלכתא כרבנן דאמרי תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה מהטעם הנז'. ה"נ כמו כן נימא דבההיא הנאה שנתן לה בנה כל נכסיו ועבד לה מאן דיקר מחלה כתובתה ולא הוי יחילה בטעות מהטעם שכתב רשב"ס כנז"ל היא הדין והוא הטעם לנ"ד מאחר שהוא היורש כל נכסי אביו ובמקום אב קאי. ועוד דנ"ד עדיף דבשלמא בש"ס הנז היה לך לומר דהוי מחילה בטעות מאחר דיצא עליה שט"ח, אבל בנ"ד דלא שייך ההיא דיצא עליה שט"ח ודאי כל כ הא ודאי אמרינן דמחלה כתובתה ותו ליכא לתא דמחילה בטעות וזה ברור, וכעין זה כתב מוהרי"ט בשניות בתשו' סי' כ"ו דף ע"א לדחות דברי המורה שדן את הדין דאין המתנה קיימת דהו"ל מחילה בטעות והוא ז"ל דחה דבריו בשתי ידים מכח הך סוגייא דפ' יש נוחלין הנז"ל להוכיח מתוכה דלא הוי מחילה בטעות מאחר שבאותה שעה נתייקרה, וכתב ועוד ודאי הנאה גדולה יש לה שכל הנכסים שאינם ידועים נוטלתן משום כתובה יע"ש באורך, כמו כן

כמ"ד דבש"מ נמי בעי' משפטי התנאים, והואיל דבנ"ד לא עשה הבן התנאי כמשפטי התנאים א"כ מוכח דלאפוטרו' אכוון מכח שלא עשה התנאי כמשפטי התנאים ונכסי בחזקתם קיימי והמע"ה וחזר הדין כמו שהוכיח מוהרש"ג ז"ל בדינו דלאפוטרו' אכוון מכח שלא עשה התנאי כמשפטי התנאים כמו כן נדון גם בנ"ד הואיל ונכסי בחזקת היורשים קיימי ומצו למימר קים לי כאמור. אנכי על פניו אוכיחנו מכמה טעמי, חדא דלא נאמר דין זה דלא עשאה אלא אפוטרו' אלא בכותב נכסיו לאשתו או לבנו, אבל בכותב לאמו אין לנו להוסיף ולומר דהוי אפוטרופא דכיון דהוי כהלכתא בלא טעמא הבו דלא לוסיף עלה ודוקה במאי דאמור אמור ותו לא.

ותו דאפי' בכותב נכסיו לאשתו או לבנו דאמרינן דהוי אפוטרו' הרי איכא כמה פוסקים שהעלו שכל שבירר דבריו דלמתנה איכוון תו לא אמרינן דהוי אפוטרו', ואפי' כשמוכיח מלשון השטר דלמתנה הכוון לא אמרינן דהוי אפוטרו' כמ"ש הרא"ש בתשו' שהובאה בטא"ה סי' ק"ז כמ"ל יע"ש וגם הרשב"א בכמה מתשו' הביאם מרן בטא"מ סי' רמ"ו העלה דכל שבירר דבריו לא הוי אפוטרו' יע"ש ביתה יוסף.

אלא דצריכין אנו למודעי להבין דברי הרשב"א דנר' דבריו דסתרי אהדדי דאילו בתשו' המיוחסות להרמב"ן סי' ע"ל ובתולדות אדם להרשב"א סי' רס"ג העלה לענין דינא דכל שבירר דבריו או דקנו מיניה ודאי אמרינן דמתנה גמורה היא ולא אפוטרו' כאשר יר' הרואה לשם יע"ש. ואלו בתשו' המיוחסות להרמב"ן סי' ע"א העלה איפכא דאף דקנו מיניה או שבירר דבריו לא הוי אלא אפוטרופא וכדעת הרי"ף וכתב שלזה דעתו נוטה יע"ש ונמלאו דברי הרשב"א בתשו' דפלגן בהדייהו ולא ידעי' אהי מנייהו נסמוך. ועיין בפ"מ ח"א סי' פ"ב וסי' פ"ג מה שנשא ונתן בתשו' הרשב"א הללו ובסי' פ"ג כתב שחזר בו הרשב"א. ובכן נטיתי ידי יד כהה לישב תשו' הרשב"א לפקע"ד ואם דל הוא בס"ד. ורים מילין אקדים מה שנחלקו הררי קדם בישוב הך מימרא דשמואל דהכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאו אלא אפוטרו', וכ"כ כתב לבנו קהו בה קמאי דאיך אמר דלא עשאה אלא אפוטרו' והא קי"ל כר"י בן ברוקא דהאומר איש פ' יירשני אם הוא ראוי ליורשו דבריו קיימים ונוטלם משום ירושה, וא"כ אמאי קאמר שמואל בכותב כל נכסיו לבנו דלא עשאו אלא אפוטרו'. והרבה תירוצים נאמרו בזה ראשון לציון רשב"ם פ' יש נוחלין דף ק"ל ע"א תירץ דהך דשמואל בכותב לשון מתנה והיא דריב"ב בכותב בלשון ירושה יע"ש. והרי"ף בהלכותיו שם תירץ דהיא דשמואל בכותב והיא דריב"ב באומר היא ולא בכותב ושאני ליה בין אמירה לכתיבה וכמו שהאריך הרי"ף בטעמו יע"ש, והרמב"ן שם בשיטתו לבתרא הביא תירוץ אחר בשם הר"י ן' מיגאש ז"ל דההיא דריב"ב מיירי כשפירש להדיא שאינו לאפוטרו' אלא למתנה גמורה והיא דשמואל בכותב בסתם היא, וכתב הרמב"ן ז"ל דהגם דאין תירוצו נוח בפשט השמועה מ"מ הדין דין אמת דאם פירש יעשו כפירושו דהא משום אומדנא נגעו בה ולכן כל היכא דפריש פריש יע"ש בדבריו באורך, וכן נר' שנטה דעת הרא"ש שם בפסקיו כתירוץ הר"י ן' מיגאש יע"ש. ונפקא מינה דלתירוץ הרי"ף דמוקי לה בין כותב לאומר לא ידענא מאי דעתיה במפרש. דמדלא תירץ כהר"י ן' מיגאש יש לדון דאפי' במפרש ס"ל דאינו אלא אפוטרופא מדלא שאני ליה אלא בין כותב לאומר או שמא דלא תירץ כן הרי"ף אלא משום דס"ל דבין מימרא דשמואל ובין מימרא בסתמא היה ולכן כתב לחלק בין כותב לאומר. אבל אי פריש אפשר דלענין דינא יסבור דמהני כדעת הר"י ן' מיגש וסיעתיה ונמלאו דברי הרי"ף שקולין ועומדים. גם הראב"ד תירץ דההיא דריב"ב דכתב בקנין והלכך לא שייך דין אפוטרו' דאין קנין לאפוטרו'. וההיא דשמואל בדלא קנו מיניה, וגם בענין זה לא ידענא הרי"ף איך ס"ל אם קנו מיניה אי ס"ל כהראב"ד או לא, והנה הרשב"א בתולדות אדם סי' רס"ג כתב וז"ל ונר' דהרב אלפאסי ז"ל אינו סבור כן אלא אפי' בירר וכו' ואפי' קנו מיניה אינו אלא אפוט' והביא ראיה לזה מדלא משני הש"ס הב"ע בשבירר או שקנו ודחה ראיה זו ולבסוף כתב מ"מ לא נתברר לנו דעת הרי"ף בזה. והוא ז"ל כתב דהדין דין אמת דבביאר או קנו מיניה שמתנתו מתנה ולא הוי אפוטרו' אלו תורף דברי הרשב"א ז"ל שם יע"ש דרך ארוכה.

המורם מהם שהרשב"א ז"ל שם הניח הדבר בספק לדעת הרי"ף ולא הכריע מאי דעתיה בבירר או קנו מיניה כמאן ס"ל אבל במיוחסות סי' ע"א דשאלו ממנו בההיא דשמואל אי מיירי בלא קנין או אפילו בקנין והשיב ז"ל דלפי תירוץ הרי"ף שחילק בין כותב לאו' וההיא דשמואל בכותב היא א"כ עכ"ל דאף בקנו מיניה מיירי דאי בכותב לחוד בלא קנין היאך הוי אפוטרו' הא אין שטר לאחר מיתה אלא ודאי בדקנו מיניה במיפה כחו היא, וכיון שכן זכינו לדין שדעת הרי"ף היא דאפי' בקנו מיניה אינו אלא אפוטרו' ודלא כהראב"ד והשתא מ"ש שם ולזה דעתי נוטה אינו אלא לדעת הרי"ף דכלפי מאי דמספקא ליה בתולדות אדם בתשו' הנז' בקנו מיניה מאי דעתיה דהרי"ף ז"ל והניח הדבר בהין ולאו. כאן במיוחסות פשיט לן בעד הרי"ף דאפי' דקנו מיניה ס"ל להרי"ף דאינו אלא אפוטרופא וכמו שהוכיח במישור שלזה נוטה דעתו יותר בעד הרי"ף ז"ל מיהו לענין הדין הרשב"א ז"ל סבור דבין בבירר או בקנו מיניה דהוי מתנה ודלא כהרי"ף ז"ל וכמו שסיים בתשו' הנז' תולדות אדם. והיא היא בעצמה סברתו במיוחסות סי' ע"ל שכן דעתו ז"ל מכמת להלכה ולמעשה כהר"י ן' מיגאש וכהראב"ד ז"ל דבבירר או בקנו מיניה מתנה היא ולא אפוטרופא ודלא כהרי"ף וההיא דסי' ע"א אינו אלא לגלות דעת הרי"ף ולא דהוא סבור כן להלכה ולמעשה ובזה עלו ובאו דברי הרשב"א על נכון ואין שום סתירה בדבריו ז"ל דיש להעמידם כדבר האמור ככ"ל ודוק. ולפי האמור גם מ"ש הרשב"א בתשו' סי' אלף מ"ח לא תיקשי לן דכ"ל דההיא לסברת הרי"ף קאמר לה וליה לא ס"ל כן אלא העקר שדעתו ז"ל בבירר או בקנו מיניה דהוי מתנה ולא אפטרופא.

העולה מזה הוא דבבירר דבריו ואומר שלא לשם אפוטרו' אלא למתנה, כל כי הא תו לא אמרינן דהוי אפוטרו' וזה דעת הרא"ש והרשב"א והר"י ן' מיגאש והרמב"ן כאמור והנה כי כן דלהקת נביאים נתנבאו בסגנון אחד והעלו כן להלכה ולמעשה כנז"ל הרי אני דן בנ"ד שפירש הבן במתנת אמו שלא לאפוטרו' אלא למתנה גמורה כמוזכר בשאלה תו ליכא לד לומר בנ"ד דהוי אפוטר' כיון שבירר דבריו כנלע"ד ברור.

ואם לחשך אדם לומר דנר' דלאו מילתא פסיקתא היא שהרי הרשב"א במיוחס' סי' ע"ל ובתולדות אדם סי' רס"ג כתב דיש מרבותיו סוברים דאפי' בבירר לא מהני. אלמא דרבותיו רבים נינהו דס"ל כן דאף בבירר לא מהני. ומאחר דרבים נינהו א"כ הוי מערכה מול מערכה ואמאי סמיכנא לס' הרשב"א ודעימיה ולא לס' רבותיו. והרי חזינא למוהר"ש גאון בס' משפטים ישרים סי' ל"ד הביא ס' רבותיו של הרשב"א וגרתע לאחוריו מהם שכתב שם דף ס"א ע"ד ז"ל הרי שכתב שיש מרבותיו סוברים לומר דמשמע שהם רבים וסוברים דאפי' שבירר שלא עשאה אפוטרופא עכ"ז אמרינן שלא עשאה אלא אפוטרו' ע"כ יע"ש. תו חזינא כי האי גוונא כתב כמוהר"ש יונה ז"ל בתשו' סי' מ"ג דף ן' ע"א וז"ל ואעפ"י שהרשב"א חולק שם.

מ"מ

דהרי אחותו אחרת היא בעולת בעל ותהי לו לאשה ומזונותיה עליו ואם כן אינה כפופה לאמה מצד הפרנסה ולא שייך טעמא שינהגו בה כבוד הואיל ואינה כפופה לה ובלאו הכי תנהוג בה כבוד מצוות הש"ת בכיבוד אב ואם, והואיל והך טעמא לא שייך באחותו הנשואה ולא שייך בה לומר שעשה לאמו אפוטרופא עליה. א"כ גם לאחותו הבתולה אשר לא היתה לאיש לא שייך לומר דעשאה אפוטרופא דאין אפוטרו' למחצה. וכי היכי דלגבי אחותו הגדולה לא שייך בה אפוטרו' גם באחותו הקטנה לא שייך בה לומר אפוטרו'.

ותו דהרי בבת בין הבנות ואח בין האחין כתבו הרי"ף והר"מ ושאר פוסקי' דלא אמרינן בהו דין אפוטרו' דמאחר דהך דינא אינו אלא כהלכתא בלא טעמא כמ"ש בש"ס הבו דלא לוסיף עלה ודיקא במאי דאמור רבנן בפירוש דהוי אפוטרו' אמור, אבל להוסיף מדעתנו מה שלא מצינו מפורש אין בנו כח להוסיף ובת בין הבנות ואח בין האחין יוכיח דאמרינן בהו דלמתנה גמורה נתכון מהטעם האמור, הוא הדין והוא הטעם באם לגבי אחיות דאמרינן דלמתנה גמורה נתכון והבו דלא לוסיף עלה.

ותו דהרי העלו הפוסקים דכל דמוכח מלשון השטר דלמתנה נתכון אף בכותב כל נכסיו לאשתו ולבנו דייניגן ליה למתנה גמורה ולא אמרינן דעשאה אפוטרופא. ואלו הכא בנ"ד מכמה טעמי מוכח דלמתנה גמורה איכוון, חדא ממה שהטיל תנאי במתנה בתנאי שתתן לאחותו פ' סך כך בעת נישואיה ואם לא עשאה אלא אפוטרו' א"כ מה צורך בתנאי זה דהא פשיטא דבלי שום תנאי תטול אחותו הבתולה כפי הסך הנוגע לאחותו הנשואה דנכסי דידהו נינהו דהלא אמו אינה הלא אפוטרופ' דנכסי אלא ודאי מדהוצרך לתנאי זה שמעי' מינה דלמתנה גמורה איכון והדבר מוכיח מתוכו ממה שהוצרך להטיל תנאי, ואם נפשך לומר דאין מזה הוכחה כלל חדא דאפשר דהוצרך לתנאי משום שראה והנה כי בנכסיו אם היו באות האחיות לחלוק לא היה בו שיעור שיגיע לחלק אחותו אלפים ריאלים לכך הטיל תנאי זה כדי שאחותו הבתולה תטול יותר מהנשואה ולעולם נימא דלא עשאה אלא אפוטרופא, הא ליתא דהרי סיים בלשונו המונגת לפנינו ז"ל אי פור לו קי טוקה אה לימוסנאס אי איסיקיאס סוליטאס לו דישה טודו אל קארטאטאטיבו זילו אי אמור די סו סי מאדרי ע"כ. שפירושו וע"ד הנוגע לצדקות והוצאות הנהוגות הרי הוא מניח הבחירה לאמו שהיא תעשה כפי מה שתרצה ע"כ. ואם איתא שלא היה ספק בנכסים כדי שתתחלקנה האחיות בשוה כל אחת אלפים כפי הערך שהניח לאחותו הקטנה א"כ איך נתן הבחירה ביד אמו לעשות צדקות למנוחת נפשו כאשר תרצה, הלא תחת האפשר שאמו תפזר כל הנותר לנייח נפש בנה ולהוצאותיו ואחותו הגדולה תפטר בלא כלום אפי' בש"פ וזה לא יתכן כלל שתפסיד אחותו הגדולה. הא אין עליך לדון מלשון זה מורה באצבע שהשאיר אחריו ברכה עד בלי די כברכת ה' אשר נתן לו. וכיון שכן חזר הדין דאי לאפוטרופא איכוון מה צורך לתנאי זה כיון דבלאו הכי נכסי דידהו נינהו אלא ודאי דזה יורה דלמתנה גמורה אכוון.

ובלמדי בס' משפטים ישרים לכמוהר"ש גאון ז"ל סי' ל"ד שם ראיתי שצידד לומר דלא הוי אפוטרופא מכח שהטיל תנאי שתשיא אשתו דיליסייא לבתו הקטנה וכו' דאי לאפוטרופא אכוון מה צורך לתנאי זה הלא נכסי דברתא נינהו אלא ודאי יש להוכיח דלמתנה איכוון, ומכח זה גמגם על תשו' הרא"ש שהביאה הטא"ה סי' ק"ז במ"ש דכל שמוכח דלמתנה איכוון לא אמרינן דהוי אפטרו' והוכיח בנ"ד דמתנה גמורה היתה מתוך לשון השטר יע"ש. והוי בה כמוהרש"ג ז"ל דאמאי לא הוכיח דהוי מתנה ממש ממ"ש ואני משייר כח לעצמי שאוכל לתת מה שארצה בעבור נפשי דאם איתא דאפוטרו' היא מה צורך לתנאי זה הא נכסי דידיה נינהו יע"ש. ואני בעניי נ"ל דאי מהא לא איריא לומר דהוי מתנה דאף דהוי אפוטרו' הוצרך תנאי זה משום דכלפי מה שאמר אמנם שיהיו כולם משועבדים לתת ולפרוע מהם בכל שנה וכו' כל החלק משלם שיש עלי לתת לצורך בית המדרש וכו' דנר' דשעבד כל נכסיו לצורך בית המדרש ונדר גדול נדר, לזה אמר ואני משייר כח לעצמי וכו' לומר דהגם דשעבדתי כל נכסי לגבות לבית המדרש. מ"מ שיירתי כח לעצמי שאוכל לתת מה שארצה בעבור נפשי לומר דנכסי אינם משועבדים למצות בית המדרש אלא לאחר שאתן כל מה שארצה בעבור נפשי ואחרי כן אשתעבד נכסי לבית המדרש ולעולם דלא עשאה אלא אפוטרופא. כן נראה לי לגמגום מוהרש"ג ודוק. איך שיהיה מוהרש"ג אחר שצידד דהוי מתנה מכח התנאי דאחז בשתי ידים דהוצרך לתנאי זה משום דכל זמן שעשאה אפוטרו' הנכסים ברשותה ואם לא היתה רוצה להשיא בתה הרשות היה בידה ולכך הוצרך לתנאי זה והביא סעד לדבריו מהגהות מרדכי יע"ש, וכיון שכן גם בנ"ד אין הוכחה מהתנאי שהטיל דתברא בלדה ויש לדחות הדחיה עצמה שדחה הרב ז"ל.

זאת לא זאת הוכיח הרב דהוי אפוטרופא מכח התנאי שהטיל שלא עשאו כמשפטי התנאים וא"כ אנו למדים מדבריו גם לנ"ד דהוי אפוט' מכח שלא עשה התנאי ככל משפטי התנאים כמ"ש הרב ז"ל אלא דעכ"ז מודה אני דנ"ד אין לו שייכות לנדון הרב ז"ל. וגם הרב ז"ל אזיל ומודה בפה מלא בנדון דידן דאינו אלא למתנה גמורה דאי משום התנאי שלא עשאו כמשפטי התנאים נר' לי דלא אמרה הרב אלא בנ"ד דהוי מתנת הבעל לאשתו מתנת בריא הלכך דן את הדין דמאחר דליכא משפטי התנאים לאפוטרו' אכוון ושפיר, אמנם בנ"ד דהוי מתנת ש"מ, הגם דמוהר"ם מלמד בתשו' בח"א סי' י"ד דף ס"ו החליט שגם במתנת ש"מ בעינן משפטי התנאים כאשר יראה הרואה שם שדן מסברת עצמו. מ"מ נ"ל דמידי פלוגתא לא נפקא שהרי הר"ן ז"ל פ' מי שאחזו גבי הא דאתקין שמואל בגיטא דש"מ אם לא מתי וכו'. הביא כמה דיעות בדבר דדעת הר"מ היא דאפי' בש"מ בעי משפטי התנאים אמנם דעת אחרים הרשב"א ורשב"ם הוא דבש"מ לא בעי משפטי התנאים והיא דאתקין שמואל לרווחא דמלתא נקטיה ועוד דיעות אחרות יע"ש באורך. אמנם דעת הרמב"ן בס' המלחמות בפ"ב דגיטין בההוא דאמר הבו ת' זוז לפלגייא ולינסיב ברתיה חלק על הרז"ה ז"ל דאמר דטעמא הוי משום מעשה קודם לתנאי דליתא והעלה דבש"מ אין צורך למשפטי התנאים יע"ש דרך ארוכה. וא"כ הואיל ומידי פלוגתא לא נפקא אית לן למימר בנ"ד דלמתנה איכוון והגם שלא עשה תנאו כמשפטי התנאים הא איכא דסברי מרנן דלא בעי' בש"מ משפטי התנאים. ותו דחזינא למוהרי"ט בשניות חלק ח"מ סי' מ"ח הביא דברי מהר"מ אלשיך ז"ל שכתב בתשו' בפה מלא דבש"מ לא בעי' משפטי התנאים והוא ז"ל החזיק בסברא זו והודה לדבריו יע"ש ועשה לו סמוכות מדברי הרמב"ן כאשר יראה הרואה לשם, ומאחר דהני אשילי רברבי ס"ל כן להלכה ולמעשה ובתרא' נינהו אית לן למימר בנ"ד דהוי ש"מ דלעולם למתנה איכוון ולא הוצרך למשפטי התנאים הואיל ודינא הכי הוי במתנת שכ"מ שלא להאריך משפטי התנאים. ובכן לא דמי לנדון הרב ז"ל דדחי לה מכח שלא היה בה משפטי התנאים דשאני נ"ד דהוי מתנת ברי כדבר האמור.

ואם ידחה הדוחה דמאחר דיש פוסקים דס"ל דגם בש"מ בעינן משפטי התנאים א"כ הואיל והנכסים בחזקת היורשים קיימי שהם האחיות מצו היורשים לומר קים לן

כמ"ד

המחלה או השליש הא הו"ל מתנת ש"מ במקצת. וכל דברי הרא"ש בתשו' אהך בריתא קאי והמאי קנתה. ואין לומר דאיירי בקנו מידו דא"כ כי מייתי ראיה מינה הש"ס ופריך אי בש"מ והא אמרת לא עשאה אלא אפוטרופוס, מאי קושיא לוקמה דהכא מיירי בקנו מיניה. ומדלא משני הכי ש"מ דלא מיירי בקנין וא"כ הדרא תמיהתין לדוכתא לפי מ"ש הפ"מ בדברי הרא"ש דאמאי קנתה הא כיון ששייר לעצמו הו"ל מתנת ש"מ במקצת וכעת דבריו שגבו מני ולצ"ע. איך שיהיה הדרן למאי דאתינא עלה לנ"ד דלפי דברי הפ"מ הנז"ל למדנו לנ"ד דלא הוי מתנת ש"מ במקצת מאחר שלא שייר לעצמו כלום רק סך כך לאחותו ולא שייר לעצמו מאומה הו"ל מתנת ש"מ בכולה .

תו כ"ל דנ"ד לא הוי במקצת ממ"ש הרא"ש בתשו' הנז"ל בההיא דאשתו ארוסה וגרושה דקנתה אפילו ששייר מטעם שהסך אשר נתן לאשתו לא פורש אלא סתם והשיור הוא שפירש דכל כי האי אמרינן דתעמוד על מתנתה כנז' שם יע"ש ונתן טעם לדבר, מעתה הוא הדין והוא הטעם לנ"ד דמאחר שלאמו נתן כל נכסיו סתם ולא פירש מאומה זולתי מה ששייר לאחותו דכל כי הא מתנה גמורה היא בכולה והשיור לא מעלה ולא מוריד הואיל ולאמו נתן כל נכסיו בסתם חשיב שפיר מתנת ש"מ בכולה ולא במקצתה, וכר מן דין איכא טעמא רבא בנ"ד דלא חשיבא מתנה במקצת דבשלמא אם היה בנה אומר כל נכסי לאמי וסך פלוני יהא לאחותי אז היה מקום לומר דהואיל ושייר כמקצת דייני' לה, אמנם בנ"ד שכתב כל נכסיו במתנה לאמו רק שאמו תתן סך כך לאחותו אין לך מתנה גמורה כזו שהרי לאמו נתן כל נכסיו רק שהטיל תנאי במתנתו הו"ל כמתנה בתנאי והרי לא שייר במתנה זו שום דבר לעצמו אלא אמו השליטה בכל אשר לו תחת השמים בכל רכושו, ונפשו אותה שאמו תתן סך כך לאחותו הו"ל מתנה על תנאי וא"כ תו ליכא סרך דמתנת ש"מ במקצת כלל אלא חשיב שפיר מתנה בכולה וזה ברור ופשוט מאד .

האמנם אכתי איכא לאיסתפוקי במתנה זו שנתן הבן לאמו כל נכסיו אי חשיבא מתנה או לא.

ועיקר הספק בזה הוא דמאחר דהבן הלזה יש לו שתי אחיות הראויות לירש אותו מן התורה ואמו אין בה דין ירושה לירש את בנה במקום אחיות כי להן משפט הירושה וכיון שכן מי נימא דהמתנה שנתן כל נכסיו לאמו לאו מתנה היא אלא אפוטרופא ונתכון בזה כדי שיכבדוה אחיותיו לאמו וכההיא דאמרינן פ' יש נוחלין אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא ופי' רשב"ם דאומד הדעת הוא דאין אדם מניח את בניו ונותן את הכל לאשתו ולא נתכון אלא לעשותה אפוטרופא כדי שיחלקו לה בניו כבוד משום דאוקי אבוהון נכסי ברשותא לפרנסם מהם כפי אומד דעתה ויהיו כפופים לה וכו' ע"כ, ואמרינן נמי פשיטא בנו הגדול לא עשאו אלא אפוטרופוס. ופי' רשב"ם דרוצה הוא שיחלקו לו אחים כבוד שהרי חייבים בכבודו כדאמרינן ואת לרבות אחיך הגדול ואומד הדעת הוא שלכבדו נתכון ע"כ. ובתר הכי מיבעיא בבריא היאך ולא איפשיטא ופסקו הפוסקים הרי"ף והר"מ פ"ו מה' זכייה דבין הכותב לאשתו ולבנו בין בריא בין ש"מ לא קנה שלא נתכון אלא לעשותו אפוטר' גם הטור בח"מ סי' רמ"ו פסק כן יע"ש. אך את זה ראיתי שכתב בהגה"מ על דברי הר"מ שכתב בין בריא וכו' ל"ע בעי לה התם בבריא היאך ולא איפשיטא ע"כ, והוספתי לראות בס' משפטים ישרים בשו"ת לכמוהר"ש גאון סי' ל"ד הביא דברי ההגה"מ הנז' ותמה על תמיהתם וז"ל ולכאורה נר' דבריו תמוהים דמאי הוקשה ליה דהוי בעיא דלא איפשיטא הא בכל בעיא דלא איפשיטא הוי קולא לנתבע והכא היורשים הם הנתבעים דהממון הוא בחזקת היורשין וא"כ מאי הוקשה ליה, והרב המז' נדחק בישובה דס"ל כהריטב"א יע"ש, ולדידי חזי לי דתמיהת ההגהות מבוארת דאמאי פסק דלא עשאו אלא אפוטרופוס אפי' בבריא דמשמע דאפי' היא תפוסה בנכסים מפקינן מינה ואמאי הלא בכל תיקו דממונא קי"ל דאם תפס לא מפקינן מיניה וא"כ הי"ל לפסוק דבבריא אם תפסה לא מפקינן מינה זה כ"ל ברור בכונת תמיהת ההגהות. ויעיד על זה דשם סמוך לזה עלה דקאמר הר"מ בין בריא וכו' כתוב בהגהות התם קאי בגמרא בתיקו ודין תיקו הוא מפורש בסי' ו' מספר נזיקין ע"כ, ואילו בפ"א מה' נזקי ממון בדין כשכשה בזנבה וכו' פסק הר"מ ואם תפס הניזק גובה חצי נזק וכתוב עלה במגיד משנה בעיות דלא איפשיטו וכו' עד ומתוך כך פסק שאם תפס אין מוליאין מידו וכן דרכו ז"ל בכל תיקו דממונא ע"כ יע"ש. וא"כ הוקשה להגמ"י דאמאי כאן השמיט הא דאם תפסה לא מפקינן מינה כן כ"ל ברור בכונת התמיהה, ועיין בהרב המגיד ספ"ו מנזקי ממון שכתב כך שם יע"ש, ותמיהה לי על מוהר"ש גאון ז"ל דאיהו גופיה שם באותו סימן הנז' הוכיח במישור בעד הר"מ בהך בעיא דבעי בבריא מהו ולא איפשיטא דס"ל להר"מ דאף אי תפס מפקינן מיניה מדסתם ולא כתב דתפיסה מהני כמנהגו בכל בעיא דלא איפשיטא דס"ל דאי תפס מהני ומדלא כתב כאן ג"כ דתפיסה מהני ש"מ דגם אי תפס לא מהני יע"ש. והנה כי כן מדוע לא פי' כן בכונת ההגמ"י שכונתו כדכתיבנא. ואני בעניי כ"ל להלין בעד תמיהת הגמ"י הנז' דיש להלין בעד הר"מ כמ"ש הדרישה בח"מ סי' רמ"ח ס"ק ט"ו בההיא דאיבעי' לן פ' מי שמת דף ק"ן אי ס"ת איקרי נכסי ולא איפשיטא ופסק הטור דאם תפס אין מוליאין מידו וכתב הדרישה הטעם דשאני הכא דאי אתי אליהו ז"ל פושט הבעיא ויודיע לנו אי ס"ת איקרי נכסי או לא, משא"כ בהא דהכותב נכסיו לבנו שפסק דאפי' בבריא לא עשאו אלא אפוטרופוס אע"ג דלא נפשטא הבעיא ולא כתב דאי תפס מהני היינו טעמא דשאני התם דאפי' אי אתא אליהו לא יתרץ הבעיא זו דההיא בדעת הנותן תליא אי קריבא דעתיה לגבי דיליה ולפי רחימותא דיליה אליו ויש שנתכון לשם מתנה ויש לאפטרו' ומ"ה מוקמינן הממון בחזקת מרא קמא אע"ג דתפס ע"כ. וכיוצא בזה כתב הדרישה ריש סימן רמ"ב בדין מתנתא טמירתא דטעמא דלא מהני תפיסה משום דאי אפשר למפסט בביאת אליהו שהרי הדבר תלוי באומדנא ואי אפשר לעמוד דאין אומד דעתו של זה כדעתו של זה עכ"ל יע"ש. הרי לך תשו' מולאת לתמיהת ההגמ"י הנז'. וככר גילה לנו ה"ה ז"ל שם בפ' נזקי ממון שהבאתי דבריו לעיל דכל מקום שיש טעם לדבר לא מהני תפיסה אפי' בספיקא דלא איפשיטא יע"ש. ולפי הדרישה הנז' הרי יש כאן טעם נאות ונכון ודוק. איך שיהיה הרי מלינו בכותב כל נכסיו לאשתו ולבנו דלא עשאה אלא אפוטרו' משום אומדן דעתא גם בנ"ד דאומדן דעת הוא דלא נתכון להעביר הירושה מאחיותיו ולא עשאה אלא אפוטרופ' על אחיותיו כדי שינהגו בה כבוד, או אם יש לחלק ביניהם. ובויתור ספק זה כ"ל ברור דפשיטא דבנ"ד אין בו דין אפוטרופוס מכמה טעמי תרילי שאכתוב בס"ד, חדא דהך דינא דאפוטרופוס אינו אלא בכותב כל נכסיו ולא שייר מאומה אך בשייר דיינינן ליה למתנה כמו שכתוב כל זה בפוסקים כנודע, וא"כ הכא בנ"ד אינה בכל נכסיו שהרי שייר סך מה לאחותו וא"כ הרי זכתה האם במתנת בנה. ותו דאף דנימא דבנ"ד לא הוי כשייר כלל ואינו אלא תנאי שהטיל במתנתה כמו שהארכנו לעיל בזה. מ"מ אין נ"ד שייך לאפוטרופוס. חדא דטעמא מאי אמור דהוי אפוטרופא היינו מאחר שצריכין אליה וכפופין תחת ידה לפרנסם מתוך כך ינהגו בה כבוד כמ"ש רשב"ם כנז"ל. ואלו הכא לא שייך הך טעמא

דהרי

נפקא, אלא דמדברי החכם הפוסק שלא עמד בחקירה זו נר' ברור דלא היה כתוב בכתובה זו נאמנות וגם אין מנהג העיר לכתוב נאמנות ואמטו להכי לא הזכיר פרט זה.

והן לו יהי כן מ"מ אין להחליט שמתנה מכל וכל אפי' שלא נשבעה על כתובתה כאשר אכתוב לקמן בפרט זה בס"ד, אך תחלת דבר, גמגומי דברים אני רואה בדברי הח' הפוסק הנז' במה שגזר אומר והחליט המאמר להלכה ולמעשה בכ"ד שעד שכי כתובתה אין מתנתה קיימת אך אחרי שיפרישו שכי כתובתה בכל הנשאר הוא עזבון הנוגע לבנה והואיל ונתנו לאמו במתנת ש"מ הרי זכתה בו ובאותו הממון מתנותיה קיימות זת"ד כנז"ל. ולדידי על מתנת בנה אעיקרא יש לי לדון דנראה לי דלא זכתה אמו במתנה ההיא, משום דבמתנה ההיא כתוב לאמר שנתן לה כל נכסיו רק שתתחייב לתת לאחותו לנישואיה עד כדי הסך שנטלה אחותו הראשונה בעת נישואיה. והגם שלא פורש כמה הוא הסך, ילמד סתום מן המפורש, דעיני ראו במתנת לאה אמי המולגת לפנינו כתוב בה וז"ל: דו אי אגו דונאסיון וכו' אמי איזה רוזה די פייסאם דוס מיל קי קון לאס פייסאם דוס מיל מי אינקארגו מי איגו אי לאס פייסאם דוס מיל וכו' קי טייני אין א ו ל א נ ד ה קי לי איגו מי אירמאנו קי אין טודאס טרים פארטידאס אינפורטאן פייסאס סיס מיל וכו' ע"כ. נמלא מזה שאפים ריאלים שייר בנה בעת המתנה שינתן לאחותו הגם שדבריו באו סתומים מ"מ מאחר שאחותו הראשונה נטלה אלפים גם הוא הניח לה אלפים וסתמו כפירושו. אמור מעתה דמאחר דבנה שייר בעת מתנתו לאמו סך מה לאחותו לנישואיה א"כ לא זכתה אמו במתנת בנה משום דהו"ל מתנת ש"מ במקלת שהרי שייר מנכסיו לאחותו וא"כ הלכה רווחת דמתנת ש"מ במקלת לא קנה אם לא שקנו מידו. ואלו בנ"ד דקנין אין כאן מתנה אין כאן וחזרו כל הנכסים ליורשיו הם אחיותיו ונמלא דכל המתנות שעשתה אמו מאפס ותוהו נחשבו והיו כלא היו כיון דאין לה שום זכות במתנת בנה כיון דהויא מתנת ש"מ במקלת כאמור וא"כ איך לא עמד בחקירה זו החכם הפוסק וגזר אומר שמתנותיה שנתנה מכח מתנת בנה דקיימין, דלכאורה יראה דלא שרירין ולא קיימין ומתנה אין כאן מטעמא דכתיבנא. וראיה לדבר מלאתי ראיתי בההיא דפ' יש נוחלין דף ק"ל דאמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא וכו', בנו ואחר, אחר במתנה, ובנו אפוטרופוס. והקשה ע"ז רבינו יונה דההיא ודאי בש"מ מיירי מדבעי תלמודא בתר הכי בבריא היאך וכו' אלמא דבש"מ מיירי וכיון שבן כיון דבנו אפוטרופוס, אחר היכי קני, הויא מתנת ש"מ במקלת. ותירץ דיש להעמידה במלוה מחמת מיתה דלא בעי קנין יע"ש. אמור מעתה בנ"ד נמי דכותה דמאחר דשייר סך מה לאחותו הו"ל מתנת ש"מ במקלת וא"כ לא קנתה אמו במתנת בנה. ואין לומר דנ"ד במלוה מחמת מיתה היא יען דבנוסח המתנה שעשה לה בנה המולג לפנינו נראה דמתנת ש"מ היא שכתוב בה בלשון לעז וז"ל הנלרך לנו טודו סי לו דו פור דונאסיון די אינפירמו ע"כ, פי' הכל אני נותן לה במתנת ש"מ, ועוד שלא הוזכר בה שום גילוי שנר' כמתאונן על מיתתו דאז הוא נקרא מלוה מחמת מיתה כמ"ש הטח"מ סי' ר"ן יע"ש. וחזר הדין למתנת ש"מ במקלת דלא קנתה. ונראה לי אחר החיפוש היטב דנ"ד לא מיקרי מתנת ש"מ במקלת מכמה טעמי תרילי, חדא בראותי בשו"ת פרח מ"א ח"א סי' ל"ט דף פ"ז ע"ד הביא תמיהת רבינו יונה הנז' ותירץ הוא ז"ל וזו אינה קושיא כלל דכבר כתב הרא"ש בתשו' והיא שהביאה הריב"א בא"ה סי' ק"ז וז"ל כיון דבפעם אחת חולק כל נכסיו כדאמרינן פ' מי שמת ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים כמחלק מת קנו כולם וכו' ואמרינן נמי אשתו ואחר, אחר במתנה, ואשתו אפוטרופו' ע"כ. נמלא דכשם דלענין אפוטרו' של האשה או של הבן אנו לריכין לומר דכיון דהוי כבפעם אחת כמחלק הו"ל בכולה כך לקנינו של אחר נאמר דהוי מתנת ש"מ בכולה עכ"ל יע"ש. אמור מעתה בנ"ד כמו כן דמאחר דבפעם אחת נתן המתנה לאמו ולאחותו דהוי מתנת ש"מ בכולה וברור הוא.

תו איכא טעמא אחריתי לדון בנ"ד מתנת ש"מ בכולה והוא במה שהעיר לנו און הרב פני משה בח"ב סי' ל"ט שנשא ונתן באמונה על תשו' הפמ"א הנז' ששלחה הרב הנז' לבית מדרשו של הפ"מ ושקיל וטרי בה ועמד על כל תמיהותיו א' לא' ובדף קפ"ח ע"ג כתב להלין על תמיהת הפמ"א שתמה על רבינו יונה מההיא דרב עוירא יע"ש. ותירץ דלא הוי מתנת ש"מ במקלת לא דוקא כשהכשיר ששייר היה לעלמו דוקא אמנם כשהשיור אינו לעלמו לא, זהו ת"ד יע"ש. ובהכי ניחא לי תמיהת רבינו יונה שתמה בההיא דבנו ואחר דבנו אפוטרופוס ואחר במתנה שתמה דאחר היאך זכה, הא הו"ל מתנת ש"מ במקלת כנז"ל, אמנם לפי דברי הפ"מ הנז' ניחא דלא חשיב שיור כיון דלא שייר המקלת ההוא לעלמו אלא לבנו ולכן חשיב שפיר מתנת ש"מ בכולה. אכן הא קשיא לי במ"ש הטור א"ה סי' ק"ז בההיא דהכותב נכסיו לאשתו ארוסה או גרושה דאסיקנא דתקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה והביא מ"ש אביו הרא"ש בתשו' דיש כלל מ"א לחלק בין כששייר דאם כתב לה כל נכסיו סתם ופירש השיור לבד אפילו שייר הרבה אבדה כתובתה ותעמוד על מתנתה כמבואר בדברי הרא"ש ז"ל יע"ש. וראיתי בשו"ת הפ"מ ח"ב סי' הנז"ל דף קפ"ט ע"א שכתב על דברי הרא"ש שאם לא פירש סכום הנכסים שנתן לאשתו זולת סך כך וכך שאני נותן לפלוני או שאני משייר לעלמי וכו' כגון דא תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה וכו' יע"ש. ואני תמיה דהא תינח כשהניח השיור שפירש לאחר אבל כשפירש ואמר שהשיור היה לעלמו למאי קנתה המתנה הלא הו"ל מתנת שכ"מ במקלת. דהא הך דינא דאשתו ארוסה ואשתו גרושה דקנתה בש"מ נמי היא, כמבואר בש"ס ומאחר דשייר לעלמו היאך קאמר הרא"ש דקנתה הו"ל מתנת ש"מ במקלת. ולולא דברי הפ"מ לא קשיא על הרא"ש יען דדברי הרא"ש באו סתומים ולא פירש בהדיא דמיירי כששייר לעלמו. ואפי' דמסיים בה הרא"ש ז"ל וכ"ש בנ"ד שפירש השיור וכו' והתם השיור היה לעלמו שהרי שייר המקום שהיה לו בבית הכנסת כמבואר בשאלה יע"ש, התם מיירי במתנת בריא כמבואר במון הרא"ש שהמתנה שנתן הבעל לאשתו מתנת ברי היתה. אבל בההיא דאשתו ארוסה דאיירי בש"מ והעלה הרא"ש דאפי' בששייר קנתה יש לנו לומר דהיינו כששייר לאחרים דוקא אבל לפי' הפ"מ ששנה ופירש דמיירי אפי' ששייר לעלמו קשיא דא"כ הו"ל מתנת ש"מ במקלת ואמאי קנתה, והנלע"ד ליישב זה דס"ל דע"כ לא הוי מתנה במקלת אלא דוקא כשפירש הסכום שנתן לאחרים כגון שאמר סך פלוני כך וכך לפלוני והשאר הוא לעלמי אז הוא דהוי מתנת ש"מ במקלת ולא קנה אלא בקנין, משא"כ כשנתן כל נכסיו סתם לאשתו והשיור הוא שפירש ואמר זולתי סך פלוני שאני משייר לעלמי דאז חשיבא המתנה בכולה ולא הוי מתנת ש"מ במקלת ובכה"ג הוא דקאמר הרא"ש דבכותב כל נכסיו לאשתו דקנתה מאחר שלא פירש אלא השיור ששייר כן היה נלע"ד, אלא דעם כל זה לא הונח לי דהא בפ' יש נוחלין דף קל"א במאי דבעי הש"ס בבריא היאך וכו' אמרינן עלה ת"ש הכותב פירות וכו' כתב לה למחלה לשלים ולרביע תגבה כתובתה מן השאר וכו' ולפום אוקמתת הש"ס דמוקי לה בש"מ ובאשתו ארוסה וגרושה א"כ על כרחין כולה ברייתא בחדא גוונא מיירי ובש"מ היא ואמאי כשכתב לה למחלה וכו' קנתה אותו

המחלה

אמס על כתובתה בעודה בחיים ממונא בחזקת היורשות קאי ולא זכו מקבלי המתנה בהם ואין מתנת אמס מתנה כי כן הדין נותן באלמנה שנתנה קודם שנשבעה על כתובתה. ובעלי המתנה טוענין דמאחר דיעקב הניח אחריו בן ראובן הנז' והוא היורש כי במקום ברא אין הבנות יורשות כדין התורה וראובן היורש נתן כל אשר לו לאמו נמלא שכל נכסי אביו הראוים לו לירש ד"ת כל זמן שלא נשבעה על כתובתה חוזרת לבנו הירושה כי הוא היורש אין עוד מלבדו והרי היורש נתן כל זכות אשר לו לאמו לאה וא"כ שפיר זוכים מקבלי המתנה במתנת לאה מאחר שראובן היורש הראוי להשביעה הרי נתן לה כל זכות ממון הנוגע לו הו"ל כאלו פטרה משבועה ממש ומחל לה שבועתה בכלל המתנה שנתן לה בנה, וא"כ רולים לזכות בעלי המתנה כל א' בשלו, ויחדיו למשפט יקרבו שואלים ודורשים כדת מה לעשות להורות להם את הדרך ילכו בה על הדין ועל האמת יורנו המורה הדין עם מי ושכמ"ה.

תשובה רים מילין לגד עלאה אמלל הוא אבינו שבשמים, הוא יהיה בעזרי ויאיר נתיב על רזא דנא להחויא בנהירו וסוכלתנו רב נהוראי כנאת השמש בלהרים. הלכה זו יולאה וראשה פרו'ע בעד'י עדי'ס אמן כן יאמר ה' אלקי השמים כי"ר. אנכי הרואה רא'ה מהימנא כי שאלה זו נשאלה מאלילי בני ישראל אשר בליאורני יע"א נופים מן הרמתים, הוליאה ותלרף כלרוף כסף מזוקק שבעתים. ויורו המורי'ס ועשו סמוכי'ן דרבנן וזיכו את היורשים בטענתם במנה מאתים. א"כ איפה ידי מסולקות אחרי דדון דינייהו זוג של ספרים מקרי'ן מפרי'ש מרובא פרים מנה אחת אפים ואני אנא אני בא לבלתי ידיתוני בשתי ידים. נולא כי להפלרת השואל ותורה היא וללמוד אני לריך ילאתי מן השורה לדבר דבר באותות שתים. למען יהיה לי למשמרת כאשר תשיג ידי יד כהה ולא חלי בה ידים. ורחמנא לשזבן משגיאה ולא אטעה בדבר הלכה רחמין למבעי מן קדם אבונא דבשמיא רח'ם רחמתי'ס ואשנה משנתי שלימה נקיה מכל דופי סולת מנופה ומשופה להבדיל בין מים. וזה החלי בעזר הטוזר המנחילנו דת יומים. הן קדם אליגה נא אשר עיני ראו ולא זר אותיות פורחו'ת מרבנן סבוראי ושמם לא הוגד לי דדייני ליה להאי דינא לזכות את היורשין ואעתיק דברי הפוסק הגס שהוא מעלומ'י העי'ן והלא המה אות באות. בתחלת דבריה שאמרה וז"ל ברעות נפשאי אני רולה ליתן כל נכסי בין מהטוב אשר הטיב לי בני וכו' כמולג בשאלה מכאן מוכח להדיא שכל המתנות שסידרה ליתן הם מכל מין ממון אשר תחת רשותה בין מהממון אשר נתן לה בנה בעת מותו בין מאשר לה מקדמת דנא היום וגם מן הראוי לבא לה. הנה אחר החקירה והדרישה האמנה הנז' כל הממון אשר לה הם מנכסי בעלה אבל היא אינה מוסלת רק בנדוניתה שהכניסה עמה ואין עוד מלבדו, ובעת החלוקה שחלקו בני אח בעלה הנז' עם בנה הנז' בנכסי אביהם כתבה האשה הנז' שטר פטורין לבני אח בעלה הנז' על עסק כתובתה שאין לה שום תביעה עמהם רק עם בנה כי עליה רמיא לפרוע כתובתה כדין התורה. וגם בנה כתב וחתם שהוא חייב לפרוע כתובת אמו בכל עת ובכל זמן שתרלה לגבות כתובתה. אחרי כן במשך שנה וחלי חלה הבן את חוליו אשר מת בו וכתב כל נכסיו לאמו בתורת מתנת שכ"מ ככתוב בשטר הלואה שלו. א"כ איפה הדבר מבואר שהאמנה לא רלתה אפילו ליחד לה שיעור כתובתה בעת החלוקה אלא הניחה כל הממון בחזקתו ואף אחרי כן בחיי בנה לא תבעה כתובתה כלל ולמפורסמות אין לריך ראיה וכיון שכן כל ימי חייה יכולה למכור כתובתה וליתנה לאחרים ולעשות ככל חפלה ולכן דקדקה בדבריה ואמרה בין מהממון אשר נתן לי בני כשהיה שכ"מ בין הידוע לי לשמי דהיינו כתובתה שילאה מכלל מתנת בנה שנתן לה מפני שאינו עולה על הדעת שיתן לאמו במתנה דבר שאינו שלו ולא נכנס ברשותו מעולם שהרי לא מלינו שמחלה לו כתובתה עד שנאמר שהכל היה בכלל. ולפיכך כל ימי חייה הרשות בידה לגבות כתובתה ובכח זה יכולה למכרה וליתנה לאחרים וזוכים בה הלוקח או המקבל כמו שפסק הש"ע בא"ה, אך אמנס תברא בלדה שמה שאנו אומרים שהמכר או המתנה קיימין היינו כשנשבעה קודם שמתה אבל אם מתה קודם שנשבעה על כתובתה אין ללוקח ולמקבל המתנה כלום דאפי' יורשיה אין יורשין כתובתה מיורשי בעלה מטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו וזו אינה לריכה לפנים כי כך הוא מוסכם מהש"מ שנה פרקו בשני מקומות וגם הר"מ בה' אישות וא"כ בנ"ד כי כל אותם המתנות הכתובות בשטר הם מנכסי בנה ומנכסיה דהיינו כתובתה דידעי' בבירור שלא היתה לה שום ממון לא מירושה שנפלה לה מבית אביה ולא ממקום אחר ולפיכך כל מה שנושאת ונותנת בתוך הבית הכל הוא בחזקת בעלה ויורשיו כמו שפסק הש"ע בחה"מ ובכן דינא הכי שכל אותן המתנות אשר סידרה ליתן המפורשות בשטר אין להן קיום והעמדה רק על פי הסדר אשר נפרש. והוא שראשׁ כל דבר לריך לסלק ולהפריש מכל העזבון אשר הניחה האלמנה הנז' אחריה שיעור סכום כתובתה המעט אם רב. ויזכו בה היורשים שהם אחיות הבן הנפטר נ"ע יען כי לא זכו מקבלי המתנה כלום בשיעור הסך העולה לכתובתה מאחר שלא נשבעה שבועת אלמנה כדבר האמור וכל סך כתובתה נוגע לאחיות הבן שהן יורשות מדין תורה, ואחרי כן כל הנותר מהעזבון הוא הממון הנוגע לבנה שנתן לה במתנת שכ"מ ודוקא באותו הממון הנשאר מתנותיה קימות ואין זולתו ולריך לחלק המתנות לערך הממון אשר יותר, כן לריך לעשות כחוקת התורה באין אומר ואין דברים עד כאן לשונו הא' הפוסק להלכה ולמעשה אשר הורה גבר המולג לפני.

ואני אומר אם הלכה נקבל ואם לדין יש תשובה, דדמי האי לורבא מרבנן כאלו דבריו הלכה ופסקיה דדיניה בסכינא חריפא ולא שלטו עיניו זולתי בדברי הש"ע ולא ראה מאורות כמה סעיפים המסתעפי' בדין זה מדבריהם של האחרונים ז"ל דרואה אנכי אשר שם לפינה ולמוסדות דמתנתה לאו כלום היא מאחר שלא נשבעה, והן קדם ראוי לתור ולדעת אי כתיב בכתובתה נאמנות מפורש. דאי כתיב הכי פשיטא דמתנתה קיימת מאחר דהאמינה, ולא עוד אלא אפי' דלא כתיב בה אלא ובנאמנות וכו' יספיק לפוטרה משבועה וכאשר מלינו להקת נביאים מסכימין לזה נקבלו ובאו בס' כנה"ג לח"מ סי' ע"א בהגהת הטור אות נ"ה יע"ש, ובכנה"ג אבן העזר סי' ל"ו בהגהת הבית יוסף אות ב'. ועיין בס' פרח מטה אהרן בח"א סי' ל"ט האריך בזה ובח"ב סי' ס"ה ובסי' ע"ג יע"ש שהביא להקת פוסקים בזה.

זאת לא זאת דאם מנהג המקום לכתוב נאמנות בכתובה אף שבכתובה זאת לא נכתב אפ"ה דייני' ליה כמי שנכתב כמ"ש הכנה"ג בא"ה סי' ל"ו בהגהת הב"י אות ה' בשם מוהרש"ך בכמה מתשו' יע"ש. איברא שהרב בנ"ת דף ק"ך קרא תגר על דברי מוהרש"ך הללו שהם הפך דברי הריטב"א ז"ל ובסוף דבריו הביא סעד למוהרש"ך ממ"ש הרשב"א בתשו' סי' אלף ס"ח יע"ש. אכן רואה אנכי למוהרש"ח סי' ל"א הוכיח מדברי הרשב"א דס"ל דבנאמנות לא אמרינן כמי שנכתב דמי וזה הפך הנ"ת שהביא סעד למוהרש"ך מדברי הרשב"א. איך שיהיה דהלא מלינו שדעת מוהרש"ך כן הוא וא"כ אם מנהג העיר לכתוב נאמנות בכתובות היה מקום לדון בנ"ד דאף דלא נכתב כנכתב דמי לדעת מוהרש"ך ז"ל ומידי ספיקא לא

נפקא

נפל הבנין כי מאחר שכתוב בלשון הלואה איסטה מונידה מיאה כיון שמת תו לא מיקרי נכסי דידיה והרי הם של יורשים ופקע ההקדש ממילא מטעם דמלתא דליתיה בברי ליתיה בש"מ מאחר שדברי הרשב"א דחויים מהלכה.

ואראה מראות אלקים בשו"ת למוהר"ם יש' בס' משאת משה חח"מ סוף סי' ח' הביא דברי כמהר"י די בוטון הנז' וסיקל וסילק מעל הרשב"א כל תמיהתו ז"ל ואחר שאלת המחילה אין כאן מקום לתמוה כלל דודאי איתא בבריא וכו' דכיון דמתנת ברי חיילא מהשתא מה ענין לדייק בה דומיא דהקדש דנדרים, ודברים אלו לכאורה הם מגומגמים בעיני דגם בבריא מדמי' להקדש דנדרים וכגון דאמר נכסי לך מהיום ולאחר מיתה דכיון דהדבר תלוי עד יום מותו א"כ כשמת תו לא הוו נכסיו ודמיא להקדש דנדרים, והן אמת דבברי הנותן נכסיו מחיים הא ודאי דאין לו דמיון להקדש דנדרים וזה לא עלה על דעת כמוהר"י בוטון אך דמיונו הוא באומר נכסי לך מהיום ולאחר מיתה דהדבר תלוי עד יום מותו וא"כ כשמת אינם נכסיו אלא דיורשין וא"כ להא מלתא הוא דמדמי ליה וקאמר דמלתא דליתא בבריא ליתא בש"מ, ואפי' אם נאמר דבאומר מהיום ולאחר מיתה זכה מיד בעודנו חי דהו"ל כאומר גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ואין לו דמיון להקדש דנדרים כיון דזכה במתנה בהיותו בחיים מ"מ קושית הרב היא דבברי האו' נכסי נתונים לך לאחר מיתה ולא אמר מהיום להא מלתא הוא דמדמינן ליה להקדש דנדרים דמיד שמת תו לא מיקרי נכסיו ולא קנה וא"כ הואיל ובברי לא קנה גם בש"מ לא להני מטעם דמלתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ, וא"ג מה יושיענו במ"ש דבמתנת בריא גרידא מהני מאחר שהקנהו לו מחיים דבודאי כל כי הא גם הרב יודה דקנה הואיל ומחיים הקנהו ובזה ודאי לא עלתה על דעת הרב לומר דלא קנה בבריא דפשיטא ופשיטא דקנה, אך כל כונת תמיהתו היא במתנת בריא דומיא דש"מ כגון בבריא האומר נכסי לך לאחר מיתה דלא קנה כיון דלאחר מיתה לא מיקרו נכסיו וכיון דבבריא לא מהני כהאי גוונא גם בש"מ לא להני מטעם דמלתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ ולדעתי תמיהת כמהר"י בוטון אלימתא ולא ידעתי אסברא איך דחה דבריו בגילא דחטיתא באופן כי דברי המשאת משה שגבו ממני ולא יכולתי להולמם, ואחר ההתבוננות היטב שבתי וראה כי דברי כמוהר"ם ישראל לדקו מאד דהרי נדון הרשב"א לא איירי באומר נכסי לפ' לאחר מיתה דודאי במפרש ואומר לאחר מיתה לא מהני מטעם דמלתא דליתא בבריא ליתא בש"מ מאחר דלאחר מיתה לא מקרו נכסיו, אך נדון הרשב"א הוא בש"מ האומר נכסי לפ' ולא הזכיר מיתה דכל כי הא הגם דידוע שכונתו להקנותם לאחר מיתה מ"מ מכח אומדן דעת שלא יבטלו דבריו לגמרי אנו אומרים שאין כונתו להקנותם רק בעודם נכסיו אלא לגמרי הקנה, דכותה בבריא שאומר נכסי לך פשיטא דקנה כיון שלא הזכיר לאחר מיתה ובעודו בחיים הקנה ואדם שליט בעודנו חי לתת כל מה שירצה ומתנתו מתנה והן הן הדברים הכתובים בתורת משה כמהרמ"י ז"ל ונאים הדברים למי שאמרן.

ומאחר עלות דלדקו דברי הרשב"א לאיתנם ולתקפם חזר הדין לנ"ד שאפי' שכתוב בלואה איסטה מונידה מיאה יש לנו להעמיד ולקיים דבריו בכל מה שאנו רואים שהיה בדעתו לומר והרי גילה דעתו שרצונו להקדיש כל נכסיו וא"כ הרי כל נכסיו קדש הם ולא דמי לנדרים דבש"מ כל עלדקי דמלי' למעבד לקיים דבריו וכונתו עבדינן. ומה גם דהקדשו היה לעמילי תורה דיש לנו להפך בזכותא דרבנן וגדולה מזו מצאנו ראינו להגאון מוהר"י קארו הובאו דבריו בתשו' הגאון מוהר"ם איסרלש סי' מ"ז דהגם שהיה כתוב בלואה מתנת ברי העמיד הלואה היא על תלה ובפרט שהיא הקדש לעניים כמבואר שם, והגם שמור"ם חלק עליו מ"מ לענין מעשה נעשה כדעת מוהר"י קארו ומעשה גדול וזיכה לעניים בהקדש ההוא עאכ"ו, דאנן דיתבי באתרא הדין עוסקים בתורה בעוני דיש לנו להעמיד ההקדש לכבוד התורה ולומדיה עאכ"ו דלע"ד הרי פספסנו בכל לדדי הלואה והעמדנו אותה בכל לידי לדדין לזכות העמלי תורה וכאשר הארכתי כאורך וברוחב כן נ"ל להלכה לא למעשה עד בא דבר ה' מרבנן קשישאי ועל פיהם יקום דבר. כה דברי מעתיר לצור מבטן גוחי.

ישראל מאיר מזרחי.

סימן י'.

דין מתנת שכ"מ.

שאלה יעקב מת והניח אלמנתו לאה, ובן ושתי בנות והשאיר אחריו ברכה מנכסים כיד ה' הטובה בשותפות שהיה לו עם בני אחיו חנוך ופלוא, ואחרי פטירתו עשה חשבון ראובן בן יעקב עם השותפים בדקדוק ונתפרדה השותפות ולקחו השותפין הנז' שטר פטורין מהאלמנה ויבנה ראובן הנז', וראובן כתב וחתם לאמו לאה הנז' שהוא חייב לפרוע כתובתה בכל עת ובכל זמן שתרצה לגבות כתובתה. אחר כן כמשך שנה וחלי חלה בנה ראובן את חוליו אשר מת בו בלא אשה ובלא בנים כי לא זכה לישא אשה וכתב כל נכסיו לאמו בתורת מתנת שכ"מ וזה טופסו: אנחנו עדים ח"מ נקרא נקראנו בבית גבריאל תי מדינה וכו' ומלאנוהו שכיב ורמי אערסיה שפוי בדעתו ובדקנוהו ורגיטוהו משיב על הן הן ועל לאו לאו ככל השפויין בדעתם ודרוש דרש מאתנו להיות לו לעדים על נואתו זאת נואת שכ"מ, בכל החיזוקים הנזכרים לה ואחר שהתודה וידוי שכ"מ נוה בפנינו איך ברלונו הטוב והגמור נתרלה שכל נכסיו מקרקעי ומטלטלי וכו' אני נותנם במתנת שכ"מ מתנה שרירא וקימא חתוכה וחלוטה לאמי מרת פ' אלמנת מר אביו פ' שתהא רשאית ושלטאית בהם, לא בתורת אפוטרופסות ולא דדמי ליה רק במתנה גמורה וחלוטה שתעשה בכל נכסי אשר לי כרלונה כאדם העושה בשלו, אך ורק שמחוייבת לתת מנכסי לנישואי אחותי פ' מלבד אשר לאחותי אלפים ריאלים שנתן לה דודה תוסיף לה אמי על הסך הנז' עד תשלום הסכום אשר ניתן לאחותי האחרת פ' בעת הנישואין מנכסי עד אותו הסך וכו' וכתב וחתמו העדים בשטר המתנה שכ"מ הנז' ונפטר ראובן לב"ע חל"ש. ואחר משך זמן מפטירת ראובן הנה היא לאה בעודה בריאה וקיימת במתנת בריא חלקה כל נכסיה במתנה לט' חלקים וז"ל אנחנו עח"מ וכו' ברשות נפשאי אני רולה ליתן כל נכסי בין מהטוב אשר הטיב לי בני במתנת שכ"מ הנז' בין נכסי הידועים לי ברשותי כסף ושוה כסף מקרקעי ומטלטלי וכל מידי דמתקרי נכסיו בין אותם שהם בעין, בין הראוים לבא לי אני נותנת בתורת מתנת ברי לבני את בעלי גבריאל ואברהם מדינה יל"ו הבהים וכו' ובכלל הניחה הסכום אשר לוה בנה לתת לאחותו פ' בתוספת משלה ככתוב בשטר המתנה עשוי כדין וכהלכה בכל דיני מתנת ברי באורך וברוחב כתוב וחתום בגופן שלהם בלשון לעז ואני העתקתי ממנו הנלרך לנו לענין דינא, וירבו הימים ותמת לאה אשת יעקב הנז' חל"ש, ונלבו כמו נד כל בעלי המתנה ונפשם לשאו'ל הגיע כל אחד ואחד איש ואיש על שמו לזכות במתנתו דמשמיא מיהב יהבי להו, ויורשי יעקב הם שתי בנותיו חנה ופנינה טוענות לאמר כי אין זכות למקבלי המתנה רק בסך אשר נתן אחיהם לאמם במתנת שכיב מרע דוקא אך כל השאר הם נכסי מורישם יעקב אביהם נ"ע ומאחר שלא נשבעה

אמס

הסטר דעפי עדיף לפרש לקיים הסטר ולא לבטלו לגמרי. וחזר הדין לנ"ד דמאחר שדבריו האחרונים הכתובים בלואה המה המורים שהקדים כל נכסיו כמו שהוכחנו לעיל, מעתה גם דבריו הראשונים יש לנו לפרשם דכל נכסיו הוא שהקדים, ומ"ש איסטה מוגידה מיאה מוסב כלפי דבריו הקודמים שהגיד להם שרלונו להקדים כל נכסיו ופירושו הממון הזה שאמר להם דהיינו כל טובו ומאודו וילמד סתם מן המפורש.

וגדולה מזו מלאנו למוהריב"ל בח"א סי' ס"ג שנשאל על לואה שהיה מלוה מחמת מיתה והיה כתוב בה מעכשיו והשיב דאע"ג שכתוב בה פעמים מעכשיו ולאחר מיתה דכיון דלית בה קנין לא מהני וכמ"ש הנ"י דהא דאמרינן דדברי ש"מ ככתובים ומסורים דמו ולא בעו קנין היינו היכא דלא כתוב מהיום וכו' אבל היכא דכתוב מהיום או מהיום ולאחר מיתה בעי קנין וכו' מ"מ העלה לקיימה ממ"ש בסוף הלואה כל הדברים הנז"ל אמר וניוה ר' ששון הנז' בהיותו מלוה מחמת מיתה והכל הולך אחר התחתון כדאמרינן היה כתוב מלמעלה מנה ולמטה מאתים הכל הולך אחר התחתון עכ"ל יע"ש.

וטרם בואי למאי דקמן הלום ראיתי למוהר"י אדרבי סי' קי"ד בנדון כיולא בזה במלוה מחמת מיתה ואמר מעכשיו והעלה דכיון דאמר מעכשיו הו"ל כמתנת ברי ולא יכה קנין וכיון דליכא קנין הלואה בטילה. והביא ראיה מדברי הנ"י הנז"ל. ואת זה ראיתי בס' מחנה אפרים למוהר"א נבון ז"ל בה' זכייה סי' מ' הביא דברי מוהר"י אדרבי הנז' וכתב עליו ולא ידעתי מי הגיד לו דהיא דהרב הנ"י איירי במלוה מחמת מיתה דפשטן של דברים נר' דאיירי בסתם מתנה ש"מ ולדעתי הרי מוהריב"ל ג"כ גלוה ליו דס"ל בדברי הנ"י דגם במלוה מחמת מיתה נאמרו ממה שהביא ראיה לנדון דידיה מדברי הנ"י כנז"ל, ועל כרחין לומר דס"ל דהגם שדברי הנ"י בש"מ מיירי מ"מ גם מלוה מחמת מיתה תרוייהו שוין בענין זה דכל שאמר מהיום הו"ל כמתנת ברי ובעי קנין דבענין מהיום אין לחלק בין ש"מ גרידא למלוה מחמת מיתה דכל שמחיים מקנה לא קנה בדיבור בלתי קנין דחד טעמא אתרוייהו וכי היכי דבש"מ לא קנה במהיום בלתי קנין הוא הדין והוא הטעם למלוה מחמת מיתה.

אך מאי דקשיא לי בדברי מוהריב"ל דהלא בח"ב סי' ל"ו עלתה הסכמתו דבאומר מהיום ולאחר מיתה במתנת ברי דבעי' קנין. מיהו הרואה יראה שם דהיינו דוקא במטלטלין אבל בקרקעות לא בעי קנין אלא בשטר קני וכמו שתמה שם מוהריב"ל על תשו' מוהר"ס וז"ל וכן נמי בתשו' דבסמוך דכתבינן לעיל יש לעיין במאי דקאמר ואע"ג דאמרינן בפ' י"נ איזו היא מתנת ברי שהיא כמתנת ש"מ דמשמע דלאחר מיתה מיהא קני אפילו בלא קנין ע"כ. ולכאורה לריך לדקדק דממה נפשך אי ס"ל למוהר"ס דההיא דמהיום ולאחר מיתה מיירי בקרקע למאי אילטריך קנין ואי איירי במטלטלין ודאי דאילטריך קנין וכו' יע"ש. וכיון שכן איכא למיקם אהך תשו' דח"א דסי' ס"ג הנז"ל דהרואה יראה דהלואה היתה על הקרקעות שהקנה ר' ששון לבנו ככתוב בלואה אשר כתובה בשאלה יע"ש, וכיון דבקרקעות איירי למה ביטל הלואה משום דכתיב בה מעכשיו והו"ל כמהיום ולאחר מיתה שכתב הנ"י דבעי קנין. וא"כ הי"ל לקיימה אף דלא היה בה קנין דיש לומר דמ"ש הנ"י דבמהיום ולאחר מיתה דבעי קנין במטלטלין מיירי ולא בקרקעות וכיון דבלואה הנז' על הקרקעות היתה אף בלא קנין מהני בהגעת הסטר לידו, ומה לורך לקיימה מלד דהלך אחר התחתון כיון דבלאו הכי מתקיימת שרירא וקיימא כיון דהוו קרקעות, אם לא שנאמר דבנדון הנז' לא הגיע הסטר מחיים ליד מקבל המתנה, ואמטו להכי מהדר מוהריב"ל לקיימה אם היה קנין וכל שלא היה קנין לא

מהני כנ"ל כעת, ועוד לחלוק מילין על תשו' מוהריב"ל דסי' ס"ג הנז' דמקהו בה אקשתא לבטלה מוהרח"ש בס' תורת חיים ח"א סי' ג' ומוהרא"ש והלחם רב סי' ר"א ובס' משאת משה לח"מ סי' י"ב יע"ש באורך איש על ספרו.

מ"מ אף דבעיקר דינו דמוהריב"ל רבו החולקים עליו, נקוט מיהא פלגא לנ"ד דהכל הולך אחר התחתון דמאחר דסוף הלואה מוכח שהקדים כל נכסיו הגם דבראש דבריו הדברים שקולים הכל הולך אחר התחתון וילמד עליון מתחתון לפרש שיחותיו דלכל נכסיו נתכון, והגם דמוהריב"ל בח"א סי' ס"א הביא תשו' מוהר"ס שכתב כשדברי הסטר סותרים זה לזה יש לנו לישבם ואפי' במשמעות רחוק ולא לו' דנלך אחר התחתון וכו' דנר' סותר למ"ש בסי' ס"ג, הלא גם בזה עמדו המורים על דברי מוהריב"ל כאשר יראה הרואה בגדולי המורים שהזכרנו, ומ"מ למאי דקמן אף אם נלך ונדון כהך תשו' דסי' ס"א, הלא ישבנו הלואה רישא וסיפא לזווגן יחד שלא יהא נראה דבריו דסתרי אהדדי ודברי מוהר"ס הם עזר לתמכנו, ואם נלך ונדון אהך תשו' דמוהריב"ל דסי' ס"ג שהעלה דהכל הולך אחר התחתון, הלא גם בנ"ד אם נלך אחר התחתון כל נכסיו במשמע, ונמלא דמכל הלדדין דידן נלא דלכל נכסיו נתכון והקדשו הקדש וכאשר לדדנו בלידי לדדין.

עוד מקום אתי לישב דברי הלואה שכתב: אטורגו ייו קוהל מיכמי אגו איסטה מוגידה מיאה, דבדיוק כתב כן שהרי כתב הרשב"א בח"ב סי' קכ"ח למה שנשאל על ש"מ שמינה אפוטרופוס על מה שיש לי וממוני אי אמרינן דתכף שמת ילאו הנכסים מכלל ממונו, כההיא שכינו קונס ביתך שאני נכנס וכו' מת או שמכרן הרי זה מותר וכו' והאריך בתשו' וכתב וז"ל ועוד נ"ל דלענין ש"מ שאמר נכסי אין אנו דנין בו כענין אוסר נכסיו שש"מ שאומר נכסי אומדן דעת הוא שאינו מתכוין באומרו נכסי בעודן נכסיו שא"כ בטלת דבריו לגמרי עד שיאמר הריני ממנה אפוט' על נכסים אלו, ועוד דהא קי"ל דמתנת ש"מ אינה עד לאחר מיתה וא"כ האומר נכסי לך לא אמר כלום שבשעת שחלה כבר ילאו הנכסים מכלל נכסי המתנה ונמלאו דבריו בטלים לגמרי אלא דלענין מלוה מחמת מיתה או ש"מ אחר האומדנא אנו הולכים בהם ומקיימים דבריהם בכל מה שאנו רואים שהיה בדעתם לומר וכו' יע"ש.

אמור מעתה דבנ"ד שאמר מוגידה מיאה שלא תטעה לומר דמיד שמת כבר ילאו הנכסים מרשותו ונכנסו ברשות היורשים ותו לא מיקרו נכסיו, כלפי זה אמר איסטה מוגידה מיאה דהו"ל כאומר נכסי אלו והרי כתב הרשב"א שאם אמר אפטרופוס על נכסים אלו תו פקע מינה לתא דלאחר מיתה שהרי מינהו אפוטרופוס על נכסים אלו, ה"נ דכוותה בנ"ד באומרו איסטה הו"ל כאומר נכסים אלו כן היה נר' כעת. נוסף על זה שהרי כתב הרשב"א דבש"מ אפי' שאמר נכסי אנו הולכים אחר האומדנא לקיים דבריו בכל מה שהיה בדעתם לומר. דון מינה לנ"ד דמאחר שגילה דעתו קודם שרלונו להקדים כל נכסיו ואפי' שבדבריו כתב איסטה מוגידה מיאה דאנו הולכים אחר האומדנא לקיים דבריו דכל נכסיו הוא שהקדים והולכים אחר כונתו דמה שדעתו להקדים כל נכסיו.

הגם הלום ראיתי בס' עדות ביעקב לכמוהר"י בוטון סי' ע' קרא ערער בדף קפ"ד ע"ב על תשו' הרשב"א הלזו דממ"ש פעמים לענין ש"מ כנר' דבדברי האומר נכסי ומת דלא קנה דדמי לההיא דאומר קונס לביתך. וכיון שכן קשה דלמה בש"מ מהני הלא מילתא דליתא בבריא ליתא בש"מ זהו תורף תמיהתו. ומכח זה דחה הך תשובה דהרשב"א מהלכה יע"ש באורך וברוחב.

הנה כי כן יש לבעל דין לומר כיון דנהרס היסוד

כפל

ידים מוכיחות דהוי מלוה מחמת מיתה לפי המוגג בשאלה דאחר שמסר כתב ידו לחמיו ויסב פניו כלפי העד ואמר לו: בוס אינקארגו לה אלמה וכו' קי בוס באייאש אה לוס סי' חכמים וכו' הדברים הללו ממשמשין ובאין כי הקיפו עליו בלהות ואימות מות נפלו עליו ומיאש חיים שמא אחר מותו לא תלא מחשבתו לפועל דשמא חמיו לא יראה כתב ידו לנכרא שבעולם ונמלאת לואתו בטילה ובראותו דתקיף ליה עלמא טובא הוכרח ללווה לנמלא אתו במעמד ההוא ואמר לו בוס אינקארגו לה אלמה וכו' כי הוא ישתדל להראות זה הכתב ידו למען יעמדו דבריו למעבד נייח לנפשו אחרי מותו וידים מוכיחות כאלו דהויין ידים דמחמת מיתה הוא דעבידי, וגדולה מזו מלאתי בס' מחנה אפרים דף ל"א ע"ג שכתב דבגילוי מלתא בעלמא הוי מלוה מחמת מיתה וע"ש, ובלאו הכי הרי כתבנו דבנ"ד דין מלוה מחמת מיתה יש לו, וכל כי הא אף דנדון אותו כמתנה במקלת מ"מ כל שהוא מלוה מחמת מיתה אין לורך לקנין והקדשו הקדש, אלא שאם אנו דנין כך כמתנת ש"מ במקלת והמעות ההם שהיו לו אז הם שהקדישם, כל שלא נמלאו אחרי מותו מדודים ומעות בעין שהקדישם איכא למיחש למנה קבור ומלו: היורשים לדחותם למנה קבור וכמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סוף סי' רנ"ג דכל שלא אמר מנה מנכסי נתון לך חיישי' למנה קבור וגם מוהריק"ו שורש ל"ד הביא תשו' הרשב"א וס"ל דכל שלא נמלאו מעות בעין ולא אמר מנכסי דיחין אותו אלל קבור, גם בספר משאת משה לח"מ סי' ו' בנערה שליותה להניח לזקנתה עשרה גרוש ולדד לומר דמאחר שלא נמלאו לה מדודים די הסב העשרה גרוש איכא למימר ודאי אקבורים קאמרה ולא יהבינן לה שוה דהרי לא אמרה מנכסי יע"ש. וכגון דידן עין רואה דגרע טפי דהא לא סיים הסך שהקדיש כמה היה דאישתני לגריעותא מתרי טעמי, אי משום דשמא אקבורים קאמר ואי משום דהוי כמקדיש דבר שאינו מסויים דבעלמא קי"ל במוכר או מקנה דבר שאינו מסויים דאין מכירתו והקנאתו כלום, וכמ"ש הר"מ בפ"ג מה' זכייה, כשם שמוכר לריך לסיים הממכר כמ"ש כך הנותן, כילד הכותב לחבירו וכו' או שכתב לו כל נכסי קנויין לך חוץ ממקלתם הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום ע"כ יע"ש, ומרן בסי' רמ"א הביא הדבר במחלוקת ולי"א בתרא בין במכר בין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסוים ומוהרא"ד"ב סי' קל"ג ומוהר"י הלוי סי' ס"ה ומשפט לדק ח"ב סי' יו"ד העלו דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל יע"ש. איברא דדברי הרא"ד"ב דסי' ר"א נר' סותרין להיא דסי' קל"ג דבס' ר"א העלה דבמתנה אין לבטלה מטעם דבר שאינו מסוים דבמכר דוקא כאמר, וזה סותר להיא דסי' קל"ג וכעת הדבר לל"ת.

אמור מעתה דגם מפאת זה הוי תברתיה דלואה זו מטעם שלא סיים הסך שנתן כמה הוא ואיזה הוא ונמלא תרתי לגריעותא אם מפאת דאיכא למיחש לקבורים קאמר אם מפאת דבר שאינו מסוים, ואיברא דאי למנה קבור איכא למיחש דבנ"ד דהוי הקדש, הלא מלאנו ראינו למוהר"א די בוטון סי' ר"ג יפה כח ההקדש אע"ג דלא אמר מנכסי הו"ל כאלו אמר מנכסי וליכא למיחש למנה קבור מטעם דאין אדם מוליא דבריו לבטלה יע"ש, אף אנו נאמר דכיון דכונתו להקדיש לעשות קורת רוח לנשמתו הו"ל כאלו אמר מנה מנכסי בפירוש וליכא חשש דמנה קבור, ונמלא דמפאת זה יכולים היינו לקיים ההקדש לדעת הרא"ד"ב הנז'.

ברם הא ניחא אי הוה מסיים סך הקדשו כמה היה, אמנם בנ"ד דסתם ולא סיים הסך שהקדיש איכא למיחש למקדיש דבר שאינו מסוים דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא איכא אוקי ממונא בחזקת יורשין ומספקא לא מפקינא ממונא וכל הריעותות דנפקי בהאי תפקידתא הוא אם אמרינן דהוי מתנת ש"מ במקלת אתינא עלה אי מטעם מנה קבור אי מטעם דבר שאינו מסוים.

האמנם כל היד המרבה לבדוק בחיפוש מחיפוש בעיניו יראה ולבבו יבין בלואה הלזו דאכל נכסיו הוא שהקדיש, ואומר דהגם שבתחלת דבריו אמר איסטה מונידה מיאה כונתו לשמים להקדיש כל נכסיו ודבר זה מוכיח מתוך לשון הלואה שאמר אחרי סמוך קיטאנדו קי אה מיס יורשים לים דין אה דיים אריות אי אה מי מאדרי וכו' אי אה מי סואיגרה וכו' דממה שסילק את יורשיו בעשרה גרוש זה מורה באלבע שהקדיש כל נכסיו וסילק יורשיו בעשרה גרוש דלא להוי כאעבורי אחסנתא ושלא להפקיע ירושה מן התורה סילקן בסך מה, ואם איתא שלא הקדיש אלא הסך ההוא שהיה לו בעת ההיא מה לורך לסלק את יורשיו בסך מועט כזה הלא יש ויש ברכה מרובה בשאר נכסיו שינחלו נחלה, ועוד במ"ש אי אה מי מאדרי וכו' דאם איתא דעל הסך ההוא נתכון, מאיזה מקום יותן לאמו מאה גרוש בכל שנה ולחמותו מאה ולבכוריקו חמשים? הא אין עליך לדון אלא האמת במה שהוא אמת שכונתו להקדיש כל נכסיו מחוט ועד שרוך נעל ובעבור כן שנה ופירש שסילק ליורשיו בעשרה גרוש ושיתנו לאמו מאה גרוש ואידך השאר.

ומתוך הדברים הללו יש לפרש שיחותיו ודבריו הראשוני' שאמר איסטה מונידה מיאה וכו' כלפי מה שהקדיש לדבר עם העד הנמלא אתו בשעה ששאל קסת הסופר מאתו ושאלו לו שיגיד מה רולה לכתוב וכמו כן שאל אותו חמיו והשיב להם קי טודו מי ביין לו אגו קדש, וכלפי זה הוא שכתב בכתב ידו איסטה מונידה מיאה כאלו אמר הממון הזה שאמרתי להם שהוא כל טובו ומאודו הוא עושה הקדש. וילמד סתום מן המפורש אח"כ דמורה באלבע שכונתו להקדיש כל נכסיו וכמו שהוכחתי לעיל, ועל כרחין לפרש שיחותיו כדי להעמיד דבריו האחרונים עם הראשונים שלא יהיו סותרין זה את זה, והרי כתב הרא"ש בכלל ס"ח סי' ט' הביאו מרן הב"י סי' מ"ב מחו' ב' ז"ל ומכלל דבריו נלמוד דהיכא שאם נפרש משמעות אחד בשטר נתבטל השטר לא אמרינן בכי הא יד בעל השטר על התחתונה וכ"כ ה"ה פכ"ג מה' מלוה בשם ר"ח ור"ש והרמב"ן והרשב"א והריב"ש בסי' תי"ג יע"ש, אמור מעתה בנ"ד דאם נפרש שהיא מתנה במקלת מתבטל השטר אי מטעם מנה קבור אי מטעם דבר שאינו מסוים הלכך על כרחין לפרשו דכל נכסיו הקדיש וכדבריו האחרונים כדי להעמיד ולקיים לואת הש"מ בתוקף ותוזק ולהיות יד מקבלי המתנה וההקדש על העליונה גם. הריב"ש סי' תי"ג בהקדמה ג' כתב שלעולם יש לנו לתלות בכל מה שאפשר כדי להחזיק השטר בכשר ולא לפוסלו דאע"ג דאמרינן יד בעה"ש על התחתונה היינו בלשון השטר וכו' אבל להכשיר השטר ולהעמידו בחזקת כשרות יד בעה"ש על העליונה ואפי' באפשר רחוק נכשיר אותו וכו' יע"ש, וכיולא בזה כתב בסי' ת"פ בענין לואת ש"מ דכל שהשטר מתבטל לגמרי לא אמרינן יד בעה"ש על התחתונה אלא יש לנו להעמיד הלואה ולקיימה בכל מה דאפשר משום דאין אדם מוליא דבריו לבטלה והיכא דאית ביה לשון דסובל שני פרושים אחד מבטל אותה וא' מקיימה נפרש כדי להעמידה ולא לבטלה זת"ד שם יע"ש, ומה שיש לעמוד בתשו' הריב"ש הלזו דנר' סותרת למ"ש בסי' קס"ח כבר קדמו שרים מוהרא"ש סי' מ"ב והלחם רב סי' ר"א יע"ש, ועיין בס' עדות ביעקב סי' ע' דף קפ"א מה שישב לתמיהה זו ודוק. עוד כתב הריב"ש סי' שמ"ו שהעלה דכל שאם נפרש פי' א' מתבטל השטר לגמרי ואם נפרשהו בלד אחר מתקיים

לש"מ נכסים רבים מחוץ לעיר באיזמיר ובעיר סאלוניק מירושת חמיו. וכיון שכן מאחר שלא אמר כל נכסי שהם אלו ומונה והולך מה הם, אלא אמר איסטה מונידה סתם דאדרבא כח היורשים חזק הוא ומאי למימר שלא נתן במתנת ש"מ אלא נכסיו אשר היו לו שם בעת ובעונה דיקא ולא זולתן והו"ל מתנת ש"מ במקלת דלא מהני בלתי קנין, והואיל וקנין אין כאן הקדש אין כאן ואין חיוב עליהם לברר שהיו לו נכסים אחרים כיון שהוא דבר מבורר וידוע לכל שיש לו נכסים אחרים. וגם מדברי העדים שמעידין שאמר להם איזי מי ביין הקדש לדברי העד הא' ולדברי העד השני שאמר לו קי מי ביין סיאה הקדש כמוגג בעדותן אין זה מעלה ארוכה למחלתנו שהרי לא אמר להם טודו מי ביין אלא מי ביין וכונתו ממונו הנמלא לו בתוך העיר לא מחוץ לעיר ולדברי שניהם המעידין שאמר להם שיקיימו מה שכתב בכתב ידו, והרי בכתב ידו לא כתב טודה איסטה מונידה שאז היה אפשר ללדד שהקדיש כל ממונו והיינו נדחקים לפרש אה דבריו לתועלת ההקדש, אמנם מאחר שכתב ידו כתוב איסטה מונידה וכו' אין מלשונו זה מוכיח רק על הממון שהיה לו בעת ההיא ולא על זולתו וחזר הדין דהו"ל מתנת ש"מ במקלת דבעיא קנין וכל שלא קנו מידו קנין אין כאן הקדש אין כאן כדבר האמור. נוסף על זה דבשלמא באומרו כל נכסי אלו בלשון הקודש יש לכלול כל מידי דמתקרי נכסי עבדים ושטרות וכדומה, אבל עכשיו שאמר בלשון לעז איסטה מונידה משמעות הדברים ללועזים בלעז למעות בעין קורין מונידה לא לשאר הדברים וא"כ יש לומר דהמעות בעין שהיו לו בעת ההיא הקדיש לא זולתן ואין לך מתנת ש"מ במקלת גדולה מזו והואיל וקנין אין כאן הקדש אין כאן.

איברא דיש יד לכאורה לקיים הלואה אף אי הוי במקלת ממה שליין הכנה"ג בהגהתו לטור סי' ר"ן אות מ"ג ז"ל כתבו התו' והרא"ש דלדעת ר"י אפי' במתנת ש"מ במקלת בלא קנין קנה משום מלוה לקיים דברי המת ע"כ, ומפאת זה נתקיימה המתנה וההקדש הזה מטעם מלוה לקיים דברי המת, אמנם בינותי בספרים ואת זה חזיתי במוהריב"ל ח"ב סי' ל"ט עמד וימודד אר"ש בפרט מלוה לקיים דברי המת והעלה דג' מחלוקות בדבר דדעת ר"ת והרשב"א והראב"ד סבורין דלא אמרינן מלוה לקיים דברי המת אלא דמוליא הדבר מרשותו ומרשות היורשין ונותנין ביד אחרים, והרא"ש והטור כתבו דלריך שיושלשו מתחלה לכך ל"ש אם אמר תנו ל"ש אם אמר הריני נותן, ולדעת הרמב"ן והריטב"א אם אמר תנו אע"ג דלא הוליא הדבר מרשותו מלוה לקיים דברי המת. אבל אם אמר הריני נותן או יטול או יזכה אם מן הדין קנה קנה ואם לאו לא אמרינן מלוה לקיים דברי המת אלו הם הג' דיעות בקלרה יע"ש. ורבינו בשולחנו הטהור נוטה כס' ר"ת ודעימיה כמ"ש הסמ"ע בסי' קכ"ה ס"ק כ"ח ובש"ע סי' רנ"ב סעי' ב', מיהו בסי' ר"ן ס' כ"ג כתב די"א דאם אמר תנו ולא אמר כתבו נותנים סתם משום דמלוה לקיים דברי המת, וי"א דלא אמרינן מל"ה לקיים דברי המת אלא היכא דאתפסיה ביד שליש וכתב הסמ"ע שם ס"ק ס"ג דליש אומרים קמא הוא דעת ר"י דלדעתו גם מתנת ש"מ במקלת בלא קנין קנה משום מלוה לקיים דברי המת ע"כ יע"ש. ולדידן כלל גדול מסור בידינו מרבנן קשישאי דכל מקום שהביא רבינו הגדול בשולחנו י"א וי"א הלכה כי"א בתרא וכמלא לפוס האי כללא דעת מרן היא מסכמת לס' ר"ת ודעימיה דכל היכא שלא הוליא הדבר מידו לא אמרינן מלוה לקיים דברי המת, וא"כ לדידן דקבלנו עלינו הוראות מרן נגד כל חכמי יש', חזר הדין לנ"ד דמאחר שכל הסך שהקדיש הש"מ לא נמסר ביד ההקדש והוא ש"מ ומתנתו במקלת דלא שייך בזה מלוה לקיום דברי המת לדעת כל המורים שהזכרנו דלית הלכתא כר"י ואפי' לדעת הרמב"ן והריטב"א שהזכרנו, הרואה יראה דנ"ד שאמר אנו איסטה מונידה מי̇לייה הקדש הו"ל כאומר הריני נותן דאם מן הדין קנה קנה ואם לאו לא אמרינן מלוה לקיים דברי המת וזה ברור: ועיין במוהרי"ט בשניות ח"מ סי' ל"ד שכתב בן בפשיטות וחזר הדין דהכתי לא אפרק מחולשא דכתיב' לגרוע כח ההקדש מטעם מתנת ש"מ במקלת דקנין אין כאן הקדש אין כאן והן אמת דיכולין אנו להעמיד ההקדש הלזה אף אם נדון אותו כמתנת ש"מ במקלת וליכא קנין עכ"ז מהני ממ"ש בשאלה דהמלוה הלז הוכה במגפה ובחוליו אשר חלה והכביד עליו חוליו ליוה מחמת מיתה וכו' כמוגג בדברי השואל, ואם כנים הדברים זו הלכה רווחת דמלוה מחמת מיתה אפי' במקלת וליכא קנין מהני מיהו חיובא עליה דידן רמיא אם נדונהו כמלוה מחמת מיתה או לא, יען דבנ"ד בכתב יד של המלוה לא פורש בו אם הוא מחמת מיתה או לא אלא דבריו באו סתומים להקדיש נכסיו בסתם ועינינו הרואות למוהרש"ך בח"ב סי' ל'. כתב וז"ל ויען ראיתי מי שרלה וכו' ותפס במושלם דמתנה א' קיימת וכו'. הדור אתם ראו אם דברים הללו ניתנו ליכתב דבאמת מנין הרגלים לומר דמתנה שהמית שלא הוזכר בה שהיא צוואה מחמת מיתה לא למעלה ולא למטה וכו' וכו' יע"ש. ואין לומר דבנ"ד סתמו כפירושו הואיל והוכה במגפה ואין לך חולי מסוכן יותר מזה והרי כתב הר"מ פ"ח מה' זכייה המפרש בים וכו' והמסוכן והוא שקפץ עליו החולי וכו' כל א' מארבעה אלו כמלוה מחמת מיתה ע"כ, הא ליתא שהרי בנדון מוהרש"ך הנז' הנדון אשר דן עליו היה מוכה במגפה ומכח זה דימהו הפוסק להיא דהר"מ, ועכ"ז לא נראו דבריו למוהרש"ך ודחה דבריו מכח שלא הוזכר בצואה לא בתחלה ולא בסוף שהיא לואה מחמת מיתה כנז"ל הרי דס"ל דמוכה במגפה אין זה קרוי מסוכן דאי ס"ל כן למה חלק על שכנגדו. ומתוך הדברים הללו עמדתי מרעיד למה שעיני ראו למוהר"ס ישראל בס' משאת משה חח"מ סי' ו' חקר חקירה לדעת דין מוכה במגפה אי דיינינן ליה כמסוכן או לא ולידד לדדין לכאן ולכאן בלשון הזהב אשר לו יע"ש דף כ"ז, ותמיה לי דמאחר דהוא ז"ל הביא שם הך תשו' דמוהרש"ך ועיניו ראו דנדון מוהרש"ך היה מוכה במגפה ועכ"ז חלק על שכנגדו. אמור מעתה אמאי לא פשיט ליה מיניה דמוהרש"ך דמוכה במגפה אין לו דין מסוכן ולמה הניח הדבר בפסק, ולזה יש לומר דאולי סבור הוא דנדון מוהרש"ך היה תכף ומיד שהרגישה בעלמה חם בראשה והנה שבא בבשרה כמחט בבשר החי ותכף עשתה צואתה וכל כי האי לא מיקרי מסוכן ולא הכביד עליו חליו וכמו שלידד הוא ז"ל במה הלד ואמטו להכי בן מוהרש"ך דאין זה מסוכן ואמטו להכי לא פשיט מיניה לצואת מוכה במגפה דלא הוי מסוכן דהכתי ספיקו במקומו מונח לפי רוב הימים אשר חלה את חוליו אי דמי למסוכן או לא. ועכ"י בתש דמוהרש"ך לגמרי משמע.

עוד כל אלה בנ"ד נ"ל דלדעת הכל דין מלוה מחמת מיתה דיינינן ליה וסתמו כפירושו דהלא ידעתא דאיכא מרבוותא דס"ל דבשלשה ימים הראשונים בעי' שיפרש שמלוה מחמת מיתה אבל לאחר שלשה ימים אפי' לא פירש סתמו דין מלוה מחמת מיתה יש לו וזה דעת הרא"ש והטור ודעימיה, ובקפץ עליו החולי אפי' קודם ג' ימים אין לריך להזכיר מיתה כלל כמבואר כל זה ביתה יוסף סי' ר"ן יע"ש, ומעתה בנ"ד המוכה שהוכה במגפה היה יום חמישי והובדר אללינו שלואה זו נעשתה ליל ראשון הרי ג' ימים איכא ובודאי כל כי הא מלוה מחמת מיתה קרינא ביה וגם הכביד עליו חוליו שהרי יום ראשון לפנות בקר קרוב לשתי שעות נפטר לב"ע הל"ש, ולכן אין לפקפק בזה דפשיטא דין מלוה מחמת מיתה יש לו, ולא עוד אלא דבנ"ד

ידים

שאפי' אם החזיק אחר מיתה באותו שטר וכו' לא קנה דאע"ג דצואת ש"מ קונה לאחר מיתה הני מילי כדי שלא תטרף דעתו עליו אבל כח השטר לא עדיף כצואתו שהרי לא גמר להקנותו אלא בקבלת השטר ואין השטר לאחר מיתה ע"כ. אף אנו נאמר בנ"ד דמאחר דהש"מ נחית לכתוב צואתו בכתב איכא למיחש דשמא לא גמר להקנות אלא בכתב ואין שטר לאחר מיתה ובעי' שימסור אותה ליד מקבלי המתנה מחיים הא לאו הכי לא מהני, הא לא תברא לנ"ד, דשתי תשובות בדבר דהתם מיירי בשטר הכתוב בו להדיא דלא תהא למיקם ולמהוי אחר מיתתי כמו שפי' רשב"ם אההיא דתניא איזהו דייתיקי כל שכתוב בה דא תהא למיקם יע"ש, ולכך הואיל ולא גמר להקנות בשטר ההוא אלא לאחר. מותו לא מהני בלתי אם זיכה השטר ע"י אחר משא"כ בנ"ד דאין כתוב כן לשון המורה דהוי לאחר מיתה אלא כתב סתם שכל נכסיו יהיו קודם לישיבה אינו אלא לזכרון דברים בעלמא ואין לזה דין שטר כלל ועל כרחין לחלק כן בדברי רשב"ם. שהרי בפ' יש נוחלין דף קנ' אמרינן כי אתא רב דימי אמר דייתיקי מבטלת דייתיקי. ופי' רשב"ם ש"מ שכתב נכסיו לאחד וכתב לאחר שני קנה ראשון לא קנה וכו' ודוקא בכתיבה בלא זיכוי וכו' יע"ש, ותיקשי לרשב"ם אמאי שני קנה והא תנן מי שמת ונמצאת דייתיקי וכו' ה"ז אינה כלום משום דאין שטר לאחר מיתה, אלא עכ"ל דהתם מיירי בשטר שמפורש בו שיקנה לאחר מיתה אבל בסתם צואה לא מהני.

עוד מצאתי להרד"ך בתשו' בית ל' חדר ו' שהוקשה להם כן בדברי רשב"ם וכתב המרדכי דר"ת פי' כפי' רשב"ם והא דאמרינן דייתיקי מבטלת דייתיקי היינו היכא שלא כתב לשם שטר אלא לשם צואה בעלמא ע"כ, וכתב הרד"ך דמשמע מדבריהם דהיכא דכתוב השטר בלשון צואה אין צריך למוסרו בחייו ליד מי שיזכה אלא בלא מסירת השטר קנה אחרי מותו ע"כ יע"ש, והגם שמוהרד"ך שם לנ"ד חשש בצואה ההיא דהואיל ולא נמסרה מחיים לא מהני, הרואה יראה דבנדון ההוא חש לה מטעם שהיה כתוב בלשון הצואה ההיא ואני רוצה שתהיה לזאת הצואה תוקף וחוזק כאילו נעשית ע"י סופר וכו' דמלשון זה דן הרב דנר' שדעתו היה להקנות המתנה ע"י שטר יע"ש באורך. דון מינה דכיוצא דנ"ד שאינו כתוב שום דבר מזה ליכא למיחש לשטר כלל. גם מנדון מוהריק"ו שורש ל"ד דקרא ערער כנגד הפוסק שכנגדו שדן דאף שלא הגיע השטר ליד המקבלים דמהני ממ"ש הטור דבשטר צואה לא חיישינן להכי. וכתב עליו והנה דקדקתי בלשון הצואה וכתוב בה וז"ל וכדי לקיים אמריה הנ"ל לותני מ' חנה הנ"ל לחתום שמי וכו'. הרי לך בהדיא שלקים הצואה נותה לו לחתום וא"כ איכא למיחש שמא לא גמרה להקנות אלא בשטר וכו' יע"ש הרי דטעמא משום דלותה לו לחתום הצואה דן בה דלא מהני, אבל כיוצא בנ"ד דאין בצואה המונחת לפנינו שום ריעותא מזה; דלכ"ע הכל מודים דלא כתב לה אלא לזכרון דברים בעלמא ודעת דלית למיחש בה לדין שטר לאחר מיתה ואפי' שלא נמסר הכתב יד לקונים אלא לאחר מיתה מהני לדעת כל המורים ופקע מצואה זו דין שטר.

וגדולה מזו דן את הדין מוהרי"ט בשניות חח"מ סי' ל"ו וז"ל ומה שמצאו עילה במה שהמצוה חתום ע"י אחר צוה לחתום פ' ומודה כל הכתוב לעיל שרצו לומר דכיון שציוה הוי כמי שציוה לכתוב את השטר ושמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, גם זה אינו, שהרי אמרו בש"מ שמסדר עניניו וגומר צואתו ומצוה לכותבה ודאי אינו מצוה לכתבה אלא לזכרון דברים בעלמא וכו' עד הלכך אין בזה בית מיחוש אפי' אם היה מצוה לכתוב כ"ש בחתימתו זאת שלא היה יכול לחתום וצוה לחתום שרצה שחתימתו וחתימת העדים תעיד על המעשה דוכרן פתגמא דהוה באנפיהון עכ"ל.

ואני בעניי רגע אדבר בתר דלחיכנא עפרא מתותיה. ולעניות דעתי דאין ראיתו מההיא דש"מ דמסדר עניני וכו' צודקת לכאורה לנדון מוהרי"ט דיש לדון ולחלק ביניהם דלא דמי, דבשלמא כשמסדר צואתו על פה אף שצוה לכתבה אמרינן דמהני דלזכרון קאתי מטעם דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו ושפיר, אבל בנדון מוהרי"ט שחתם הוא והחתים עדים עמו י"ל דממה שהחתים עדים על צואתו לא רצה שתתקיים צואתו רק ע"י שטר צואה זו וא"כ ניחוש לשטר לאחר מיתה וההיא דמסדר עניני אין לו שייכות לזה דיש לחלק ביניהם כדכתי'.

ומ"מ מדבריו למדנו לנ"ד מק"ו דודאי אין כאן דין שטר לאחר מיתה גם מדברי המבי"ט בח"א סי' ג"ט יש ללמוד כן דהשתא ומה התם שצוה לעדים שיחתמו וגם שיחתמו בעדו ולדעת המבי"ט גם במצוה כתבו וחתמו העלו דאין כאן מיחוש לשטר לאחר מיתה כ"ש בנ"ד דאין שום דבר מזה כלל דפשיטא דפקע מיניה דין שטר לאחר מיתה דאינו אלא זכרון דברים בעלמא כנ"ל לדון בפרט זה.

ואשיבה ידי לפרט אחר הראוי לפקפק בהאי תפקידתא דכתיב בה: אטורנו ייו קואל מינטי אגו איסטה מונידה מילייה הקדש פארה אונה ישיבה דדברים אלו צריכים ביאור, ואומר דידוע הוא דהלכה רווחת דמתנת ש"מ במקצה בעיא קנין ואפי' בש"מ שנותן כל נכסיו אמרינן פ' מי שמת אמר רב נחמן ש"מ שכתב כל נכסיו וכו' חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת, והלא מתני' דקתני לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו קיימת היכי משכחת לה אמ"ר חמא באומר כל נכסי אלו וכו', וכתב הר"ן אמר רב אחא באומר כל נכסי ובהלכות הרי"ף באומר כל נכסי אלו ויש לתמוה דלפי גירסה זו יש לחוש יותר שיש לו נכסים במקום אחר דאי לא, מאי אלו. אבל הר"מ כתב עד שיאמר כל נכסי שהם אלו ע"כ. גם הטור ח"מ סי' ר"ן אות י"ו הביא בשם ר"ח ז"ל ור"ח פי' שאין צריך לפרש שיתן לו כל נכסיו אלא אומר כל נכסי ואלו הן, ואנו מאמינים שאין לו יותר ע"כ. והשתא יש לפקפק בלשון זה שאמר איסטה מונידה דלפי דברי הר"ן איכא למיחש שמא יש לו נכסים במקום אחר והו"ל מתנת ש"מ במקצת אם לא שיאמר כל נכסי שהם אלו וכיון שאמר כל נכסי איכא למיחש להכי, ואפי' לפ' ר"ח דס"ל דבאומר כל נכסי ואלו הן סגי והו"ל בכולא, מ"מ בנ"ד לא אמר כל נכסי אלא איסטה מונידה דכל כי הא לישנא גריעא היא דשמא זה הממון אשר כאן הוא שנתן ולא ממון שבמקום אחר ושפיר איכא למיחש לנכסים שבמקום אחר והו"ל מתנת ש"מ במקצת ובעיא קנין. וכי תימא דגם מזה לא תברא שהרי כתב הרב המגיד בפ"ח מה' זכייה דין כ' ומ"מ נר' שאף בלא קנין אם מת זכו ואין היורשין יכולין להוציא מידן שיאמרו הרי זו מתנת ש"מ במקצת וכיון שאין בה קנין אינה מתנה עד שיבררו בראיה ברורה שיש לו נכסים במקום אחר שלא אמרו אלא לתועלת המקבלים עד שיאמר כל נכסי שהן אלו ע"כ. וא"כ בנ"ד שכבר מת אף בלא קנין זכו מקבלי המתנה אפי' שנדון אותה כמתנת ש"מ במקצה, הא ליתא דשתי תשובות בדבר חדא דלא אמרה הרב המגיד אלא היכא שזכו מקבלי המתנה ובאו לידן הנכסים ההם אז אין כח ביורשים להוציא מידם אלא בראיה ברורה, אבל בנ"ד שעדין לא באו הנכסים ליד ההקדש עד היום, אדרבה היורשין הם מוחזקין ואין לבעלי ההקדש להוציא מידן אם לא בראיה ברורה שאין לו נכסים אחרים בשום מקום כלל. וזאת שנית דהכא בנ"ד הוא לכל שיש לש"מ

סיים עלה הטור דאם הוא כמלוה אף שאמר וציוה לכותבה דאינו אלא לזכרון בעלמא וקשה הואיל ומלוה לכתוב לאחתו אכתי נימא שמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה, ואיך יושיענו באומרו בלשון. נואה מידי. אין שטר לאחר מיתה ומדוע מרן ז"ל עשה עצמו מעלומי העין ולא די אלא שהביא דברי רבינו ירוחם סעד לתומכו ולא נרגש דגם בזה איכא חשש דאין שטר לאחר מיתה.

ואשר אני אחזה לי כי מקום הניחו לי מן השמים להתגדר בו בישובן של דברים דהנה טעמא דבשטר שיש בו קנין דאמרינן דאין קנין לאחר מיתה, עיקרא דהאי מלתא בפ' מי שמת דאתמר מתנת ש"מ שכתוב בה קנין דאיפליגו רב ושמואל דשמואל אמר לא ידענא מאי אידון בה דכיון שכתוב בה קנין חיישינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה. וכתב הנמק"י ז"ל והא דלא קאמר אין קנין לאחר מיתה לרבותא דלא מיבעיא קנין בלא שטר דלא קנה דהא כל שלא חל הקנין מעכשיו אינו קונה לאחר זמן כדאמרינן בנדרים פ' השותפין דהא הדרא סודרא למאריה וכו' אלא אפי' קנו מידו וכתבו לו את השטר דבבריא קני הכא לא קני וכו' יע"ש. מדבריו למדנו טעם אין קנין מיתה משום דכל שלא חל הקנין מעכשיו אינו קונה לאחר מיתה משום דהשיא שעתא הדרא סודרא למאריה. ועל פי הדברים הללו אבא נבוא לישוב דברי הרא"ש והטור ז"ל דס"ל לחלק בין שטר שיש בו קנין אם הוא ממש מלוה ביתנו ותנו ויש בו קנין אז לא מהני מתרי טעמי אי משום אין שטר לאחר מיתה אי משום דאין קנין לאחר מיתה מטעם דהדרא סודרא למאריה מאחר שלא חל הקנין מעכשיו. וטעם אין שטר לאחר מיתה כתב רשב"ם פ' מי שמת דף קנ"ב משום דמיד שמת נפלו נכסי קמי יורשין ולא מהני אלא א"כ מקני לו מחיים יע"ש, מיהו בשטר נואה שהוא מלוה אל ביתו דאינו עומד אלא לראיה ומסרו מידו מחיים מהני דאיכא למימר משנמסר לו השטר היתה דעתו שתתקיים נואתו מיד ופקע מזה דין אין שטר לאחר מיתה ולא אמרינן אין שטר לאחר מיתה אלא כשלא בא לידו השטר מחיים אמנם בבא לידו שטר נואהו אמרינן דגמר להקנותו מיד בעודו בחיים. ומהך טעמא גופיה פקע מיניה חשש דאין קנין לאחר מיתה דמאחר דהוי לשון נואה ומסרו לידו מחיים אמרינן דגמר להקנותו בקנין מעכשיו בעת מסירת השטר לידו ותו ליכא למימר הדרא סודרא למאריה כיון דגמר להקנותו בקנין בעת ובעונה ההיא תו לא שייך טעם אין קנין לאחר מיתה, ומינה למד הטור גם באומר כתבו ותנו לו דע"י השטר הוא מקנהו דכל שהוא כמלוה אל ביתו תו ליכא חשש דאין שטר לאחר מיתה דאיכא למימר דמיד גמר להקנותו הן בעודינו חי ומה שליוה לכתבה אינו אלא לזכרון בעלמא, דחד טעמא לתרוייהו.

אך העומד לנגדי כבותל הם דברי הטור אהדדי דהרואה יראה בדברי הרא"ש דפ' מי שמת דלא הכשיר בשטר נואה אלא דוקא כשנמסר בידו השטר דוקא אבל לא נמסר בידו אף דהוי שטר נואה לא מהני וכ"כ בפסקי הרא"ש להדיא והן הן דברי הטור בסי' ר"ן אות כ"ח דלא הכשיר בשטר נואה אלא דוקא בנמסר לידו מחיים ואילו בסי' הנז' אות ל"ד גבי ש"מ שאמר כתבו ותנו העלה דבש"מ שמסדר עניינו וגומר נואתו ומלוה לכותבה דהואיל והוי לזכרון בעלמא מהני משמע אפי' שנכתב השטר נואה לאחר מיתה כיון דלזכרון קאתי מהני והסתירה מבוארת דהלא לעיל מינה לא הכשיר בשטר נואה אלא דוקא בנמסר מחיים ולא לאחר מיתה ונמלאו דברי הטור קשיין אהדדי, ולשים שלום ביניהם על כרחין לומר שדברי הרא"ש ודברי הטור דלעיל מיירו בשטר נואה דאית ביה קנין הלכך לא מהני אלא דוקא בנמסר מחיים דע"י מסירתו זאת גמר להקנותו מיד. ופקע מיניה דין שטר לאחר מיתה ודין אין קנין לאחר מיתה מטעמא תרילא דכתיבנא לעיל, אך מ"ש הטור באות ל"ד דבמלוה מחמת מיתה אף שבא השטר לאחר מיתה מהני מיירי דוקא במלוה בשטר לחוד בלתי קנין דהא אכתבו ותנו קאי מיירי דליכא קנין ועלה קאמר דאם הוא כמלוה אל ביתו אף שליוה שיכתבו הואיל ולזכרון קאתי מהני דהואיל ובלא קנין מיירי כן נר' לחלק לדעת הטור ושפיר, אמנם לדברי מוהרי"ט שהעלה בכונת דברי הרא"ש דמיירי אמימרא דכתבו ותנו דליכא קנין ואפ"ה לא הכשיר הרא"ש אלא דוקא בנמסר לידו מחיים ולא לאחרי מיתה והביא סעד לתומכו שגם רבינו ירוחם כתב כן דאכתבו ותנו מהני בשטר נואה כאשר יראה הרואה בדברי מוהרי"ט נוראות נפלאתי עליו וקשיא לי בגויה תרתי, חדא דהטור נמלא סותר לדעת אביו הרא"ש דאילו הרא"ש לא מכשיר אלא דוקא בהגיע השטר לידו מחיים אבל לאחר מיתה לא מהני ואילו הטור באות ל"ד גבי כתבו ותנו העלה להכשיר בנואה אפי' לאחר מיתה כיון דלזכרון קאתי ומלבד דקשיין דברי הטור אהדדי, עוד זאת קשה דנמלאו דברי הטור באות ל"ד הפך דעת הרא"ש אביו, זאת שנית שהוא נסתייע מדברי רבינו ירוחם שהביאם סעד לדבריו להורות וללמוד הימנו דדברי הרא"ש אכתבו ותנו קאי כמבואר בדבריו, ותפול עליו התימא שנמלא רבי' ירוחם הפך דעת הרא"ש שהרי הרא"ש לא הכשיר אלא דוקא בשטר נואה שנמסר לידו מחיים אבל לאחר מיתה לא מהני ואילו רבי' ירוחם מכשיר בנואה אפי' שנכתבה לאחר מיתה שהרי על דברי הטור דאות ל"ד כתב מרן שכך הם דברי רבי' ירוחם ולדברי מוהרי"ט ז"ל איך לא נרגש מזה שדברי רבי' ירוחם הם הפך דברי הרא"ש. באופן דלפקע"ד דברי מוהרי"ט בזה שגבו ממני ולא יכולתי הולמן ותולה אני החסרון בקולר השגתי כי לא זכיתי להבי"ל אמרי קדוש הוא מוהרי"ט ז"ל ודבריו נל"ת.

אחרי כותבי מלאתי ראיתי בתשו' הפ"מ סי' פ"ב תשו' למוהר"א ברודו ז"ל פלפל בחכמה על כל דברי מוהרי"ט ונטה דעתו בישוב דברי הרא"ש קרוב למה שכתבתי יע"ש, ועם שבסי' פ"ג קרא עליו ערער מ"מ בכל מה שנתעלם על דברי מוהרי"ט הודה לדבריו יע"ש דרך ארוכה ושמחתי דזכיתי לכוין אמר'א לדעת קדושים והוא העד כי אחרי כותבי מלאתי רוב דברי בתשו' הפ"מ הנז' יע"ש.

תבנא לדינא לנ"ד אי איכא למיחש שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה דילע"ד דבנ"ד אין לחוש לזה כלל, חדא דאפי' באומר כתבו ותנו דחיישינן להכי עכ"ז העלה הטור ודעימיה דבש"מ שמסדר עניינו וכו' אף במלוה לכותבה שפיר דמי וזו הלכה רווחת, עאכ"ו בנ"ד שלא ליוה לכותבה דודאי ליכא למיחש להכי כלל. גם מתוך תשו' הפ"מ ח"א סי' ל"ד יש להוכיח כן שלידד כמה לדדין לבטל הלואה להיותה נואת ברי והלד האחרון מטעם שכתוב בשטר הנואה אי פארה קי באלגה לו איזי די מי ליטרה אי פירמאם אי רוגו אה לוס טיס-טיגוס אבאשו פירמאדוס וכו' דהלשון הזה לפ"ד מורה דלאו ליפוי כח ולזכרון דברים כתב כן כי אם לשטר הקנאה וכיון שכן אין שטר לאחר מיתה וכו' יע"ש. הרי דלא פקפק כן אלא דוקא בנ"ד דלשון הנואה היה מורה דלשטר הקנאה נתכון ולכן אתי עלה מטעם אין שטר לאחר מיתה, דין מינה דבנ"ד דבלשון הנואה המונגת לפנינו אין שום הוראה מהלשון שכיון להקנותם בשטר דאינו אלא כמסדר נואתו לזכרון בעלמא ודאי דלא שייך ביה לאתא דאין שטר לאחר מיתה.

ואל תשיבני ממה שפי' רשב"ם פ' יש נוחלין דף קל"ה אמאי דתנן מי שמת ונמלאת דייתיקי קשורה על יריכו הרי זה אינה כלום, ופי' רשב"ם ה"ז אינה כלום, שאפי'

דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד ומכ"ש בכתב יד כזה דליכא שום חשש לא לגררי ולא לפרעון דוודאי הקיום שנתקיים בב"ד שהוא כתב ידו מהני אפי' להוציא מן היתומים ומכ"ש מאחר יורשים. ותו ליכא תיובתא בזה כלל ואחרי אשר איסרנוהו וקיימנוהו כי הוא כתב יד המצוה והוא שריר ובריר.

מ"מ ראוי למיקם על לשון הצוואה שציוה הש"מ אם יש בו די השג יד לזכות ההקדש או לא דבלשון הכתוב בצוואה רבו בו הספיקות, ויש כל מראין על עומדי עמדתי לדיעה אי דייני' לה להאי כתב יד כדין מתנה בשטר דקי"ל אין שטר לאחר מיתה דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר צוואה זה וכל שלא הקנהו מחיים ליד בעלי ההקדש לא מהני או יש לחלק ביניהם. ולהיתר ספק זה נימא ביה מלתא אגב אורחין עקרא דהאי מלתא בש"פ יש נוחלין שלא רבין וכו' שכיב מרע שאמר כתבו ותנו מנה לפ' ומת אין כותבין ונותנין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה וכו' ואותבי' עלה מר' אבא בר ממל בריא שאמר כתבו ותנו וכו' אין כותבין ונותנין הא ש"מ כותבין ונותנין, הוא מותיב לה והוא מפרק לה במיפה כחו וכו' ואוקימנא לה דאמר אף כתובו וחתומו והבו ליה ע"כ, והביאו הטור סי' ר"ן אות ל"ד וכתב עלה ודוקא דאמר כתבו ותנו וכו' אבל ש"מ שמסדר ענינו וגומר צוואתו ומצוה לכתבה ודאי אינו מצוה לכתבה אלא לזכרון בעלמא וגמר להקנות לה מיד ואין צריך יפוי כח ע"כ וכתב מרן ז"ל שכ"כ רבי' ירוחם והגאונים והרשב"א והתוס' יע"ש.

וטרם אבא למאי דקמן דרך אגב אלקטה באמרים עד מקום שידי יד כהה מגעת. דע דהטור לעיל מזה אות כ"ח על דין מתנת ש"מ דיש בה קנין בין אם כתב לו שטר ופירש בו הקנין או על פה לא קנה דשמא לא גמר להקנות לו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה. וכתב עוד ומיהו הא דאמרינן אפי' הגיע השטר וכו' היינו שאין השטר כתוב בלשון צוואה אלא בלשון מתנה שכתוב בו שדי נתונה לך ומסר לו השטר וכו' אבל אם השטר כתוב בלשון צוואה כדרך שמצוה אל ביתו שאז אינו עומד אלא לראיה אם הגיע ליד המקבל מחיים קנה וכו' יע"ש ומאים לוקחה זו הוא הרא"ש בפסקיו בפ' מי שמת כאשר שם רמז מרן הב"י יע"ש. ותמה עליו ז"ל כיון שיש בה קנין כשהשטר כתוב בלשון צוואה ומסרו לו מחיים איך מוציאנו מידי אין קנין לאחר מיתה, ועוד מ"ש כשאין השטר כתוב בלשון צוואה וכו' דאז הוי מסירת השטר כמו קנין, ואי במתנה שיש בה קנין עסקי' מה צורך למסירת השטר שיהיה כמו קנין והניחו בתימה.

ורואה אני כמה דיות נשפכו ביותר תמיהות הללו. הן קדם חזי הוית להרב ב"ח שהאריך בזה ותורף דבריו שדברי הטור לא נאמרו אלא בשטר דלית ביה קנין יע"ש. ועכ"ז איני מוצא קורת רוח בדבריו אלא לדברי הטור דנוחים להתפרש דקאי אלעיל מיניה אבל אינו מעלה ארוכה לדברי הרא"ש דפ' מי שמת דהצוואה יר' דקאי אהיא דאמרינן פ' מי שמת מתנת ש"מ שכתוב בה קנין דאיפליגו בה רב ושמואל דשמואל אמר לא ידענא מאי אידון בה דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ופרכי' עליה מאידך דשמואל דאמר ש"מ שכתב כל נכסיו אעפ"י שקנו מידו עמד חוזר דמשמע הא אם מת קנה ואוקימנא לה במיפה כחו דאמר וקנינא מיניה מוסף על מתנה דנא יע"ש, ועלה קאמר הרא"ש דאי לא יפה כחו לא מהני מטעם דאין קנין לאחר מיתה וסיים בה דאם נכתב השטר בלשון צוואה דמהני יע"ש. אלמא דאמתנת ש"מ דאית בה קנין קאי, וא"כ תמיהות מרן נצבו כמו נד על הרא"ש ולא ידעתי היאך הב"ח לא השגיח בדברי הרא"ש דכל דבריו שכתב אינם מעלים ארוכה לדברי הרא"ש. ואם כי דברי הטור יכולים להתקיים דקאי אדלעיל מיניה אפי' שהם דוחק מ"מ מה יענה בדברי הרא"ש דמוקשים ועומדים הם ותמיהות מרן במקומם הם עומדים. באופן דלדעתי דעת הדיוט לא מצאתי קורת רוח לפי דרך הב"ח לדעת הרא"ש ז"ל וכעת דברי הב"ח לדעת הרא"ש בפסקיו נפלאו ממני וצל"ת.

תו חזינא למוהרי"ט בשניות חה"מ סי' ן' עמד וימודד אר"ש ברוחב מבינתו ליישב תמיהות מרן הנז' ותורף דבריו שדברי הרא"ש קאי אאידך מימרא דשמואל דאמר ש"מ כתבו ותנו מנה לפ' ומת וכו' מטעם דאין שטר לאחר מיתה ומיירי בדליכא קנין ומשום דאין שטר לאחר מיתה הוא דלא קני ועלה קאי הרא"ש דטעמא דמהני היינו בשטר שאינו עומד אלא לראיה ואפי' אם נמסר בידו מחיים אבל אם הוא במצוה אל ביתו ומסרו לידו מהני. וכתב עוד מוהרי"ט שיש השמטה בדברי הרא"ש וכו' וגם הוא השמיט עיקר מימרא דכתבו ותנו מנה לפ' דאם הרא"ש לא שנאה הטור מנ"ל ע"כ. ודברים אלו אחר המחילה לא זכיתי להבינם שהרי הביא הטור ז"ל הך מימרא דכתבו ותנו אות ל"ד וסיים עלה ודוקא דאמר כתבו ותנו וכו' דאיכא למיחש שמא לא גמר להקנות אלא בשטר אבל ש"מ שמסדר ענינו וגומר צוואתו ומצוה לכותבה ודאי אינו מצוה לכותבה אלא לזכרון בעלמא וגמר להקנות לו מיד ואין צריך יפוי כח וכתב מרן הב"י שכ"כ רבינו ירוחם. הרי שהביא הטור הך דכתבו ותנו דמיירי בלא קנין ואיך כתב מוהרי"ט שהטור השמיטה ואם כונתו לומר דלעיל כשהביא הך דינא דמתנת ש"מ בקנין הי"ל להביא הך דינא דכתבו ותנו וליסיים עלה דבש"מ דמסדר צוואתו וכו' כיון דהרא"ש מיירי בהכי הלא הוא הביאה אח"כ וסיים עלה הכי כנז"ל, ותו שהרי מוהרי"ט עצמו כתב שדרכו ז"ל מיתוקם בדברי הרא"ש אבל לא בדברי הטור דפשט דברי הטור מוכח דבמתנת ש"מ בקנין מיירי ועלה יחולו התמיהות לא על הרא"ש. תו קשים הדברים ביותר על קיצור פסקי הרא"ש דפ' מי שמת שכתב וז"ל ש"מ שכתב כל נכסיו לאחר אעפ"י שקנו מידו אם עמד חוזר ואם מת אם יפה כחו שכתב לו וקנינא מיניה מוסף על מתנה דנא קנה, לא כתב לו כך אם הגיע השטר לידו מחיים והוא נכתב בלשון צוואה כדרך ש"מ שמצוה אל ביתו אז קנה אבל לא הגיע לידו מחיים או אפי' הגיע לידו ולא נכתב בלשון צוואה וכו' לא קנה בלא יפוי כח ע"כ. הרי שמשמעות הדברים הללו ממשמשין ובאים שהבין בדברי הרא"ש אביו דאשטר שיש בו קנין קאי ולא איירי בשטר שאין בו קנין. והנה כי כן הדרא תמיהת מרן למקומה ואין מקום קיום לדברי מוהרי"ט ז"ל לפי מה שהבין הטור בדבריו. גם מה שרצה הסמ"ע בדרישה בס"ק כ"ה דהרא"ש והטור ס"ל דאפי' אם קנו מיניה בק"ס על המתנה אם אח"כ אמר להם ליתן למקבל המתנה עם הכתב וכתבו ונתנו לו מחיים ולא כתבו הקנין בשטר דקנה המקבל ע"כ. גם זה לא יתכן לפי מ"ש הטור בקיצור פסקי הרא"ש כנז"ל דמורה דמיירי אפי' בכתוב הקנין בשטר אפ"ה כל שהוא דרך צוואה מהני וראיתי בדרישה שהאריך בזה ועכ"ז אין דבריו נוחים אצלי לפקע"ד.

ואשר אני אחזה לי לענ"ד ואם דל הוא בפירוקא דהאי מלתא והוא דבפ' יש נוחלין דף קל"ה בש"מ שאמר כתבו ותנו דאין כותבין ונותנין משום דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ואין תקנה אלא במיפה כחו שאומר אף כתבו ותנו לו הא לאו הכי לא, מטעם דאין שטר לאחר מיתה, ואם כן ראוי לחתור חתירה מדוע מרן ז"ל לא הוקשו בעיניו רק על ש"מ שלקח קנין דמה יועילנו כשהוא בלשון צוואה מידי אין קנין לאחר מיתה, כמו כן תיקשי ליה גם בש"מ שאמר כתבו ותנו דקי"ל דאין שטר לאחר מיתה אם לא במיפה כחו דהיאך

מוליאנו מחשש זיוף וקיימו אותו אלא ודאי דכיון דאפי' שנתקיים אכתי אין נפרעין א"כ לכך אין מקיימין ונמצא דבריו אלו שבים הולכים לתירוץ מרן, ואיך הונח לו לפי דרכו תמיהתו ולפי דרך מרן נגבה התמיהה אללו וכעת הדבר צל"ת.

ואת זה חזיתי להדרישה והב"ח העלו בכונת דברי הרא"ש בתשו' דמלינו למימר דמ"ש הרא"ש בתשו' וילא שט"ח על המורים היינו שהש"מ ליוה ואמר תנו לפ' מנה בחובי שאני חייב לו והעדים כתבו לוואתו בשטר ולא נתקים בחייו, ובזה ס"ל להרא"ש דאין מקיימין העדים שלא בפניו משום דלואה מילי בעלמא נינהו וכדעת הראב"ד ע"כ. וכן כתב הב"ח. ולדעתי לא יתכן לפרש כן דברי הרא"ש דאי מיירי בהכי מהו שכתב הרא"ש בתשו' ולא דמי להא דאמרינן אין נזקקין לנכסי יתומים ומפ' טעמא רבא משום שובר היינו דוקא דאית ליה לקטן חזקת אבהתא וכו' ולדרך הדרישה כיון דמיירי בש"מ שליוה תנו מנה לפ' שאני חייב לו הלא בזה ליכא שום חשש שובר. והלכה רווחת דנותנין המנה ולא איתמר הא דחיישי' לשובר אלא בחוב דעלמא אבל לא בלואת ש"מ, ועל מה שתמה הפרישה דאיך פסק הרא"ש דאם השט"ח מקויים דיורדין לנכסי קטן דזה הפך מ"ש הטור בסי' ק"ח כנז"ל, לע"ד דאה"נ דדינא הכי הוי דאפי' בשט"ח מקויים אין גובין מיתומים קטנים, מיהו נדון הרא"ש שדן כן שנה ופירש טעמו משום נעילת דלת בפני לווין שהרי כתב בתשו' דהגם דבעלמא חיישי' לשובר הכא לא אמרינן הכי משום דא"כ כל יורש יקנה נכסי מורישו לקטן כדי שלא יוכלו ב"ח של מורישו לגבות מהם ואין לך נעילת דלת בפני בעלי חובין יותר מזה הילכך לא חיישי' לשובר הכא יע"ש. ואמטו להכי דן את הדין בנדון הרא"ש דכשהשט"ח מקויים יורדין לנכסיו מטעם נעילת דלת, ושניה הא מכל שאר שט"ח היוצאין על היתומים קטנים כדבר האמור ודוק.

תו חזינא למרן הב"י בסי' הנז' הביא שכתב הרשב"א בתשו' נמצאת שדה שאינה שלו וכו' עד והלא מיהו נתחבטו הראשונים היאך אפשר להזקק להם כלל והא קי"ל אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וקטן כמי שאינו כאן וכו' והר' אברהם העמידה כשהוציא שטר שהיא שלו וכו' ומנה זה ומנה סתם כגון שכתב לואה בכתב ידו תנו מנה לפ', וא"כ משכחת לה לפי דעתי כגון שלוה ביום בפני ג' שאם ירצו הם עצמם יכולים להיות דיינים ע"כ, גם הביא בשם רבינו ירוחם שכתב דשטר לואה אין מקיימין אותה אלא בפני בע"ד וכו' והא דאמרינן דאם אמר תנו נזקקין לנכסי יתומים מיירי דאמר תנו בפני ב"ד או שכתב בכתב ידו שטר לואה תנו כך לפ' יע"ש. גם הביא שם מ"ש בעה"ת בהשער י"ד ובכל המקומות שפסקו שנזקקין לנכסי יתומים קטנים יש לנו לברר מאחר, שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ויתומים קטנים כמי שאינם הם היאך נדון לחייבו וכו' ועל זה השיב הראב"ד אולי נאמר שהב"ד ידעו כל זה. א"נ משכחת לה ע"י שטר שכתב בכתב ידו שיתנו לפ' וכו' יע"ש. הרי דכולם הסכימו דבשטר לואה שכתוב בכתב ידו תנו לפ' דמהני. ואתרתי אתירה לדעת הרשב"א הנז"ל דס"ל דבכתב יד בלא חתימה מהני ובלבד שיתקים בב"ד בעדים ככתוב בסי' ס"ט שהזכרנו. א"כ יקשה היאך בש"מ שאומר תנו העלה ארוכה הרשב"א בשם הראב"ד דמיירי דכתב בכתב ידו הלא לדעתו כתב ידו בלתי חתימה לא מהני אם לא שיתקים בב"ד והכא אי אפשר לומר דמיירי בנתקיים בב"ד דא"; הדרא תמיהה לדוכתא דהא אין מקיימין עדים שלא בפני בע"ד ויתומים קטנים כמי שאינם דמי. ובשלמא לאידך טעמא דמיירי בכתב יד הנודע לב"ד וניכר להם ניחא להאי טעמא היאך מהני, ולריך ליישב או דמיירי בכתב יד שחתום שמו עליה או דס"ל דכתב ידו לענין לואה מהני אפי מבלי שיתקיים, וכדעת כ"י הפוסקים דס"ל שגובין בשטר לואה אפי' מיתומים קטנים.

ומוהראנ"ח ז"ל בת"א בתשו' בסי' ט"ו נלל במים אדירים והעלה דמאחר דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד א"כ גם כתב יד יכול להתקים שלא בפני בע"ד והיינו טעמא דהטור בכתב ידו מיירי אפי' מתקיים לאחר מיתה ומכלל מה שכתבנו עלה דבמקום כתב יד אעפ"י שהכתב יד מתקיים ע"י עדים גובין בו אפי' מיתומים קטנים ומעתה כל שפנקס זה מתקיים ע"י עדים גובין בו מן היתומים אלא דשדי ביה נרגא מטעם דאיכא למיחש לפירעון כיון שאינו מתברר מהפנקס שהיה לזמן תמש שנים איכא למיחש לפרעון זת"ד יע"ש.

ואנכי הרואה למוהרא"ת בסי' י"ח כתב ז"ל ואני בעוניי בפסק אחר כתבתי ליישב דברי הטור ודברי הרא"ש וכו' ובכלל דברי הראיתי פנים להעדיף כח כתב יד להא מלתא דלא בעי קיום בחיי האב, מ"מ עדין כל זה אינו שוה לנדון זה ביתומים קטנים אין נזקקין לנכסיהם אפי' בדבר שאין לריך לקבלת עדות אלא בהודה ומת וכו' עד ובנדון זה אין שום אחד מהדרכים האלו וכו' יע"ש. ואנכי תולעת ולא איש לא זכיתי להבין אמרי קדוש דהלא גם בסי' ט"ו שיפה כח הכתב יד מ"מ העלה דלא מהני מכח דחיישי' לפרעון, וכיון שכן הרואה יראה דנדון ט"ו ונדון י"ח שוין הם בדין זה דכנגד יתומים קטנים לא מהני כתב יד מטעם פרעון וזה וזה שוה. וא"כ מהו זה שכתב מ"מ עדין כל זה אינו שוה לנדון זה ביתומים קטנים כאלו יש הפרש בין השני נדונים, והלא לענין דינא בין בנדון ט"ו ובין בנדון י"ח העלה דלא מהני ותרויהו חד טעמא אית להו מחמת דחיים לפרעון, ומה הבדל והפרש ביניהם ומה מקום אלא להבדיל בין נדון זה דסי' י"ח לנדון דבסי' ט"ו כיון דבתרויהו שוין לגרוע כח הכתב יד. סוף דבר לא ירדתי לסוף עומק דעתו בזה וכעת דבריו שגבו ממני.

איך שיהיה מדבריו אנו למדין בדיני כתב דמקיימין אותו אפי' שלא בפני היתומים היכא דליכא חששא דפירעון. ומינה הדר מה שישבתי לעיל לתמיהת רב אחאי יל"ו דבכתב יד האומר תנו לפ' המקויים מחיי אביו דליכא חשש פרעון מהני ובדכתיבנא לעיל, וכבר כתב הרא"ש בתשו' כלל פ"ו להוציא מן היתומים עפ"י מה שכתב בפנקס אביהם היכא שיש רגלים לדבר שמא שכתוב שם הוא אמת יע"ש.

הדרן למאי דאתינא עלה דלפי מ"ש הטור ומרן ז"ל בסי' ק"י דאם ליוה אביהם תנו מנה לפ' וכו' דדוקא בניכר שהוא כתב ידו הא לאו הכי לא מהני דס"ל כדעת הרא"ש דאין מקבלין עידי לואה אפי' בפני אפוטרו' וגם רבינו ירוחם כתב דאין מקיימין עידי לואה אלא בפני בע"ד. א"כ נפקא לן לנ"ד דיש לדדין לומר דאין מקבלין ולא מקיימין עדים אלא בפני היורשים וכל שקבלו שלא בפניהם לא מהני. הלום חזינא למוהרשד"ם סי' קל"ז וש"ז ותנ"ה הסכים הלכה למעשה דמקבלין וגם מוהרא"ד"ב סי' קל"ז נוטה דעתו לכך. אמנם להקת נביאים ה"ה מוהריב"ל בח"א ומוהרס"ך ח"א סי' ה' ומוהר"מ אלשיך ומוהר"י אדרבי ס"ל כיון דהוי ספיקא דדינא אוקמי ממונא עדיף ולא מפקינא מיורשים ונמלא במחלוקת הדבר תלוי.

ברם שבתי וראיתי דבנ"ד שאין היורשין בעיר הכל מודים דמקבלין שלא בפני בע"ד וזו הלכה רוחת פסקו מרן בח"מ סי' כ"ח יע"ש, זאת לא זאת דלענין מקיימין שלא בפני בע"ד הא איפסיקא הלכתא דמקיימין שלא בפני בע"ד ובענין כתב יד הלא מלינו למוהרא"ת סי' ט"ו וי"ח ומוהרח"ש בס' תורת חיים ח"א סי' ל"ב הושו. לדעת אחת דמקיימין אותו שלא בפני היתומים יע"ש כאורכו וכמעט רובא דרבוותא כולם כא' מסכימין להלכה ולמעשה

דמקיימין

כתב הש"מ בכתב ידו ומסר כתב ידו לחמיו הר' משה אלגאזי, אי מי דישו בוס אינקארגו לה אלמה סי מי אים= פואיגרו גואדרה איל פאפיל קי בוס באייגאש אונדי לוס סי' חכמים ה"י אי ליס דיגאש קי מי אגאן טודו לו קי איסקריבי אין איל פאפיל קי מי ביין סיאה הקדש פארה ישיבה. ובאו שני עדים כשרים והעידו איך מכירים שהוא כתב ידו של המנוח הר' בכיר ליאון. גם העיד עד שני בפני ב"ד י"ב איך אמר לו הש"מ זה לשונו: מירה קי מי ביין לו איזי קודש פארה אונה ישיבה אי ח"ר יעקב אלגאזי קי סיאה ראש, קונפורמי איסטה איסקריטו אין איל פאפיל. כל הנז' נתקבל עדותן בפני ב"ד י"ב והעידו איך התפטר הר' בכור הנז' מגו מרעיה ולא ניתק מחולי אל חולי. הן עתה יורינו מורה לצדקה מה יהא משפט ההקדש הנז'.

תשובה אנא דאמרי לאלק'י דישראל הוא הבורא. יאיר עיני על רזה דנא להחיית מי כמוהו מורה, על דבר אמת ולצדק דברים המצודקים בדין לינהרינהו לעיינין נהורא עמיה שריה. במו פי אתחנן לבלתי אכשל בדבר הלכה ואכוין ההלכה לתלמיה יוצאה וראשה פרוע נפיש נהוריה, כי"ר וזה החלי בס"ד.

תחלת דבר אחלקה שכם לג' חלקים, החלק הראשון דין הכתב יד הלוה אם יש בו כדי שבועה, ואח"כ החלק הב' בהעדאת העדים המוצג בשאלה, החלק השלישי אם זכו בהקדש זה. ובראשית מאמר אשיגה ידי בכתב יד הלוה אשר עין רואה דכתב יד המלוה איננו חתום בחתימת יד הש"מ בחתימתו ניכרת יכיון שכן דיינינן ליה כדין כתב יד דעלמא בלתי חתימת המודה. דהנה מרן ז"ל בח"מ סי' ס"ט כתב בשם הריטב"א וז"ל הריטב"א וכו' עד אלא שמצאתי שכתב הרמב"ן כת"י שחתם בראש המגילה וכו' עד אבל אם טופס השטר הוא כתב ידו כשר ואפי' אם לא היה חתום בו אלא שכתב בכתב ידו לויתי מפ' כשר. וראיה ממתני' דפ' המגרש ג' גיטין פסולין וכו' וכתב ידו דומיא דכתב סופר ועד מה התם כתב ולא חתם אף זה כן. ועוד מדאיפליגו בטופסא דשטרא וכו' וכן גר' מפירש"י יע"ש, גם הרב התרומות בשער י"ג א"ח כתב כן בשם הרמב"ן שאם כל השטר כת"י אעפ"י שאינו חתום בו כשר והראיה מדתנן גבי שלש גיטין וכו' ועוד מדפליג בטופסא דשטרא דש"מ טופסא דידיה בלא חתימה כשר וכו' יע"ש. והביאו מרן הב"י שם גם הביא דברי הרשב"א בתשובה על מי שהוציא כתב ידו וכו' ואפי' הוציא עליו כתב ידו ולא היה חתום שמו עליו גובה דאין חתימת ידו מחייבתו אלא הודאתו ומקיימין כתיבתו ודי בכך וכו' יע"ש. הרי דסרכין תלתא הסכימו לדעת א' דכתב יד מהני בלתי חתימה. ואיברא דהראיה שהביאו מהיא דגיטין, הנה הר"ן ז"ל בפ' המגרש כתב דיש לדחות דשאני גט דהרי הוזכר שמו בגט הילכך מכשירינן אפי' בלתי חתימה אבל בשאר כתב יד דאין שמו מוזכר מנ"ל להכשיר, ועיין בס' גידולי תרומה שער י"ג מה שישב לדחיה זו. מיהו חזינא להרמב"ן שהביא ראיה מטופסא דש"מ דאפי' דטופסא דידיה בלא חתימה כשר מכאן ראיה לנ"ד דהוי ש"מ דהוי כתב ידו לחוד בלתי חתימה דכשר כל שנתקיים כתיבתו בעדים בב"ד. וגם מרן בספרו הקצר סי' ס"ט פסק כן דכתב ידו בלא חתימה כשר כדעת המורים הנז'. ונפקא מינה לנ"ד דאחר דנתקיים כתיבת ידו דהיא היא ע"י עדים דמהני.

מיהו אכתי איכא למיקם עלה דמלתא דאף דנתקיים בב"ד איכא למצדד דלא מהני וזה ממ"ש הטח"מ סי' ק"י סעי' ט' ז"ל ליוה אביהם ואמר תנו מנה או שדה לפ' בין אם אמר מנה זו או שדה זו או מנה סתם ושדה סתם נזקקין לנכסיהם וכו' עד ודוקא שליוה בשטר שכתב בכתב ידו וניכר שהוא כתב ידו וכו' וכתב עליו מרן דנפקא ליה ממ"ש הרא"ש דאין מקבלים עידי לוה אפי' בפני אפוטרופוס, ומ"מ יש לדקדק איך כתב שאם ניכר שהוא כתב ידו דמהני הא בעי' שיהא מקויים מחיי אביו לפי מ"ש הרא"ש בתשו'. ואפשר לומר שניכר שהוא כתב ידו היינו שנתקיים כתב זה בחיי אביו. א"נ שהדיינים שרואין כתב יד מכירין שהוא כתב ידו וממילא הוא מתקיים שאין כאן קבלת עדות שלא בפני בע"ד ע"כ, וטרם בואי למאי דקמן ראיתי לרב אחאי זה האיש משה הקשה אלי דמאחר דכתב הטור בסי' ס"ט דבכת"י אפי' שנתקים בב"ד אין נפרעין אלא ממנו דוקא ולא מן היורשין יע"ש משום דחיישינן לפירעון א"כ מה יושיענו זה שנתקים כתב יד זה בחיי אביו הא אכתי בכתב יד מקויים אין נפרעין מן היורשין. ולדעתי אינה קושיא כלל דיש לחלק בין כתב יד שכותב חייב אני לך ודאי דבזה אף שנתקיים בב"ד אין מוציאין מהיורשין דחיישינן לפירעון וכ"כ הטור בסי' ק"ח יע"ש, אבל במצוה לפני מותו תנו מנה לפ' דמדין מתנה הוא אלא דקי"ל דאין מקבלין עידי לוה לדעת הרא"ש ואמטו להכי כל שהוא מקויים כתב יד בחיי אביו או שהדיינים יודעים שהוא כתב ידו כל כי הא לא שייך חששא דפרעון מאחר שהיא מתנה וכל שנתקים הכתב יד מאליו וזכו מקבלי המתנה וזה ברור דרב המרחק ביניהם וכדבעינן מימר קמן בס"ד.

רע דכתב הרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ז' הביאו הטור בסי' זה סעי' י"א שנשאל יורש שנתן נכסי מוריש לקטן ויצא שט"ח על המוריש מי נחתינן לנכסי קטן או לא, והשיב אם השט"ח מקויים מורידין הב"ח לנכסים ואם אינו מקוים אין מורידין זה תורף דברי הרא"ש יע"ש דרך ארוכה, ובתשו' זו חזי הוית כמה דיות נשפכו בה הן קדם מוהריק"א תמה עליו במ"ש שאין מקיימין שלא בפני בע"ד דהא בהגוזל בתרא אסיק רבא הלכתא מקיימין שלא בפני בע"ד וכתבו הב"י בסי' מ"ו ואחר שהביא מ"ש הר"י ן' הרא"ש ודברי מוהרלב"ח, כתב מרן שתי תשו' בדבר זה יצא ראשונה דס"ל להרא"ש דאע"ג דמקיימין שטר שלא בפני בע"ד, יתום קטן שאני דכיון דאיכא למיחש לפרעון ומשום הכי אין נפרעין ממנו הילכך אין מקיימין. וזאת שנית למרן ז"ל במה שמצא לרבי' ירוחם שכתב בשטר לוה אין מקיימין אותה אלא בפני בע"ד וכו' עד והשתא י"ל שטעם דברי הרא"ש בתשו' משום דס"ל כהראב"ד זהו תורף דברי מרן ז"ל. ועיין בכנה"ג בהגהתו לב"י אות כ' מה שתמה על ב' התירוצים דרך ארוכה יע"ש. ועל תירוץ ראשון של מרן מלבד מה שתמה עליו בכנה"ג עוד הנני מוסיף להפליא דאיך פסק הרא"ש דאם השט"ח מקויים דיורדין לנכסי קטן והלא הטור בסי' ק"ח ס"ק ה' פסק דאם המלוה מוציא שט"ח מקויים על היתומים אם הם קטנים אין גובים מהם אם לא באחד מאלו הדרכים יע"ש. וזו הלכה רווחת ובודאי שבנדון הרא"ש לא היה שום אחד מהג' דרכים דאם היה כן לא היה נותן לישאל דודאי גובין וכיון שאין כאן שום א' מהג' דרכים איך כתב דאם הוא מקויים דנחתינן לנכסי היתום והלא איכא למיחש לפירעון. שוב מצאתי בפרישה שתמה כן על דברי הרא"ש יע"ש. והנה בתירוץ ראשון של מרן הסכימו מוהרא"ח וכמה רבוותא והכנה"ג תמה עליהם דמה ענין קיום אל פירעון הלא הקיום אינו אלא משום חשש מזוייף דלחשש פירעון אף במקויים איכא למיחש, ומכח זה נטה לו לדרך אחרת דמ"ש דאם השטר מקויים כלומר קודם שנתן היורש המתנה לקטן אפי' נתקיים אחרי מות המוריש יורדין לנכסיו וכו' עד אבל אם אין השטר מקויים כלומר קודם שנתן המתנה לקטן או הקיום שאח"כ לא מהני וכו' דנהי דהקיום מוציא אותנו מחשש זיוף מ"מ עדין יש לחוש לפירעון וכו' יע"ש. ולא ידעתי איך הונח לו לפי דרכו כי מה שתמה על תירוץ ראשון של מרן תפול עליו, דמה בכך דיש לחוש לפרעון מ"מ הקיום מוציאנו

ומעתה אסורה נא ואראה דברי מרן הב"י בח"מ סי' קכ"ט מחודש י' כתב בעה"ת בשער ל"ה שהשיב הר' אברהם בר יצחק וכו' עד אבל אם יכפור הגוי עיקר המלוה ואו' להד"מ והערב מודה שהלוהו והוא היה ערב, דבר זה צ"ע. ואיני יודע מה נסתפק לו דהא כיון שאומר לא היו דברים מעולם הרי הוא מודה שלא פרע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי עכ"ל. ואחר שאלת המחילה רבה מעצמות הקדושים של מרן ז"ל ולאיכנא עפרא מתותיה לא ידעתי אסברה מה ענין כל האומר לא לויתי וכו' כאן דלא נאמר כן אלא כששנים אומרים לוה ופרע או כשעד אחד אומר לוה ופרע אמרינן דלא מהימנינן להו במ"ש פרע משום דכל האומר לא לויתי וכו' ומטעם זה הוחזק כפרן ושפיר, אבל בנדון הר' אברהם בר יצחק דהגוי כופר ואומר לא היו דברים מעולם והערב מודה שלוה הו"ל כאומר לא היו דברים מעולם ובא ע"א ואומר שלוה שנשבע להכחיש העד ומיפטר וא"כ הכא נמי אי דייני' ליה כעד א' מכחישו אינו אלא מחוייב שבועה וא"כ מאי כל האומר לא לויתי שייך כאן. והכי הי"ל לרבינו להשיב על הר"א בר יצחק דאמאי הניח הדבר בצ"ע הי"ל שישבע כנגד הערב ויפטר. וכי תימא דהכא דהגוי כפר אין להאמינו בשבועה דדוקא יש' מהימנינן ליה בשבועה נגד העד ולא גוים דחשידי אממונא ואשבועתא ואין להאמינו כלל. א"כ הי"ל לדון כאן מש"ל"מ כיון דלא מהימן בשבועה כן הי"ל לרבינו להשיגו ולא מטעם דכל האומר לא לויתי דלא שייך הכא כלל הדבר האמור. ולבי אומר לי דזה בעצמו הוא מה שנסתפק הר"א בר יצחק דמאחר שהגוי כפר והערב מכחישו אי דייני' ליה כעד א' המכחיש שדינו הוא שישבע להכחיש העד ה"נ דכותה נשבע כנגד הערב ומיפטר או דילמא זה אינו אלא בישראל דמהימן בשבועה אבל בגויים דחשידי אשבועתא לא דייני' ליה הכי אלא דייני' ליה מש"ל"מ משום דחשיד אשבועה משלם, ואמטו להכי הניח הדבר בצ"ע דלא ידע היאך דינו כאן אי מהימן בשבועה כישראל או נימא מש"ל"מ ולכן הצריכו עיון. ונר' לי שגם מרן הקדוש ראה בשכלו הבהיר דזהו ספיקו של הר"א בר יצחק מ"מ לדידיה פשיטא ליה דודאי אין מקום להסתפק בזה כלל דדבר פשוט הוא דאין מוסרין שבועה לגוי דאפי' בחשוד על השבועה והוא ישראל אינו נשבע כ"ש נכרים דחשידי אשבועה ואין בשבועתן ממש וא"כ פשיטא דכאן אין לפוטרו בשבועה. אלא אפי' הצד השני שלדד אם נדון כאן דין מש"ל"מ לזה בטרוניא עליו דהיינו דוקא בישראל דבר שבועה הוא איכא דוכתי דדייני' מש"ל"מ, אבל כאן דלאו בר שבועה הוא בלאו טעמא דמש"ל"מ יש לו לשלם כאן מטעם דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי הוא ולכך יש לו לשלם וא"כ אין מקום להסתפק כלל כנ"ל אפשר בכונת דברי מרן ז"ל.

אמנם הנה מקום אתי בכונת ספק הר"א בר יצחק דנסתפק בנ"ד שהערב מודה שלוה אי דיינינן ליה כדין ע"א דעלמא דמחייבו שבועה ה"נ נשבע ונפטר, או דילמא דהואיל והערב מודה חשבינן ליה נוגע בדבר ואין דינו כעד דעלמא דנפטר בשבועה אלא ישלם ואמטו להכי הניח הדבר בצ"ע. ואפשר דגם מרן ז"ל ראה בחכמתו שזה היה ספיקו של הר"א בר יצחק ומ"מ מפשט פשיטא ליה דודאי דכאן אינו נשבע ונפטר דאין הערב כדין עד דעלמא דערב נוגע בדבר הוא ואין להאמינו לגוי בשבועה וטעמא דמשלם הוא משום דכל האומר לא לויתי וכו' ולכך הדין נותן שישלם מטעם דאומר לא לויתי וכאומר לא פרעתי דמי וישלם כנלע"ד אפשר.

ובענין ספק שאלתנו הנה בענין ערב דגוי והגוי כפר והערב מודה, הלא מצאנוה בדברי מרן הב"י דפשיטא לה דמשלם דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ובערב דישראל המוגג בשאלתין קמייתא, הנה הב"ח כתב דלא שנא ערב דגוי לש"ש ערב דישראל חד דינא אית להו ומשלם מטעם דכל האומר לא לויתי וכו' אמנם הכנה"ג סי' קכ"ט בחיבורו לב"י אות כ"ט חקר חקירה זו והביא דברי המורים זה אומר בכה וזה אומר בכה והראנו לדעת דכתב בתשו' דהואיל וכספק הדבר תלוי המוציא מחבירו עליו הראיה אלו דבריו יע"ש ולא זכינו לאור תשובתו לדעת טעמו ונימוקו.

ולולא כי אין משיבין את הארי אחר שמת, לדידי חזי לי דמאחר דמרן הב"י אשר מימיו אנו שותין בכל תפוצות ישראל והוא ז"ל הביא דברי הר"א בר יצחק במה שנסתפק ועכ"ז מפשט פשיטא ליה דישלם מטעם כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ואחריו נגרר מור"ם בהגה סי' קכ"ט, מאן ספין ומאן רקיע לפסוק הפך ממנו ולא שבקינן פשיטותיה דמרן מכח ספיקיה דמוהר"א בר יצחק, וכותיה נקטי' להלכה ולמעשה ולא שייך בזה לדון המוציא מחבירו עליו הראיה דאין לך ראיה גדולה מזו אחרי שמרן ב"י ס"ל כן בפשיטות, ש"ו אנו שומעין להלכה ולמעשה. וגם בערב דישראל והלוה אומר לא היו מעולם והערב מודה שהלוהו נ"ל לדון כמ"ש הב"ח דישלם דאין דינו כעד דעלמא דמחייב שבועה ונפטר הכא דהערב נוגע בדבר הדרינן למ"ש מרן לדון כאן לשלם מטעם כל האומר לא לויתי וכו' וכהסכמת הב"ח והע"ש ודעימיה כאשר אספס הרב המאסף ס"ק הנז' כנלע"ד לדון להלכה ולמעשה אם יסכימו עמי רבנן קדישי ונור ישראל ינליני משגיאה. ויוריני דעת מתורתו הנפלאה כה דברי מעתיר ומתחנן למארי מלכין לזר מבטן גוחי, יזכני ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי, כי בו תפלתי כל עוד נפשי בי אף ריחי.

ישראל מאיר מזרחי.

סימן ט'.

צואת שכיב מרע.

שאלה הר' בכור ליאון נפלו לו בירושה כל נכסי חמיו המנוח הר' ישעיה פישו מצד בנותיו אשר היו לו מבת הר"י פישו הנז' כי היא יחידה והיא היורשת, ואחרי פטירת הבת ירשו בנותיו כל נכסי זקנם הר"י פישו הנז' כדת של תורה ושוב נפטרו הבנות בנותיו ומכחם חזרה הירושה להר' בכור ליאון הנז'. והר' בכור ליאון נשא אשה אחרת אחר פטירת אשתו הראשונה. ובעונ"ר הנה יד ה' הויה והוכה במגפה הר' בכור ליאון הנז' ובחולייו אשר חלה והכביד עליו חולייו כד שכיב ורמי אערסיה לויה מחמת מיתה כאשר נתקבל העדות בב"ד י"ב. וזה נוסח העד האחד אשר העיד: איסטאנדו אני לה נוג'י ביקליאנדו אי איסטאבה אב'לאנדו קון איל לו ב'ידי שפוי בדעתו שומע ומשיב על הן הן ועל לאו לאו, דימאנדו קי לי טרושיראן לה איסקריב'אנייה אונה ב'יס אי דוס קי קיריאה איסקריב'יר לי דישי קי אים לו קי קירים איס-קריב'יר, סי פואידי סיר קי לו סיפאמוס, דישו קי טודו מי ביין לו אגו קודש קי ייה איי באסטאנטי פארה לה כתובה די בואיסטרה איז'ה, דאמי אונה איסקריב'אמיאה, לי טרושו לה איסקריב'אנייאה אי איסקריב'ייו און פאפיל מכתיבת ידו וזה לשונו: אטורגו ייו קואל מינגוי אגו איסטה מונידה מיאה הקדש פארה אונה ישיבה אי חכם ר' יעקב אלגאזי הי"ו קי סיאה ראש, קיטאנדו קי אה מיס יורשים קי ליס דין אה דייס אריות, אי קיטאנדו אה מי מאדרי קי לי דין סיין אריות אה איל אנייו, אי אה מי איספואיגרה אוטרוס סיין אריות, אי סי אים נפטרת קי סיאה טודו פארה לה ישיבה, אי אה בכוריקו סינקואינטה גרושים אה איל אנייו כל זה

כתב

בסי' הנז' אות ט' יע"ש. אמנו להכי שינה בלשונו ונקט להד"מ לומר דדוקא בלשון זה הוא דהוחזק כפרן שאין מקום לתרץ דבריו משא"כ באומר אין לך בידי לא הוחזק כפרן ונמצא דבכונה מכוונת נקט הטור לישנא דלהד"מ כדאמרן, אך תלונתי היא על מרן ז"ל שהביא על דברי הטור הך מימרא דר"י ולא נרגש מזה ולא ביאר לנו מאי דעתו ז"ל בזה.

ולישב דברי הרא"ש במה שהביא הך מימרא דר"י בפ"ק דמציעא דלא תיקשי אליביה כנז"ל נ"ל על פי מ"ש ה"ה ז"ל פ"ו דטוען עמ"ש הר"מ שם בדין א' הרי שטען עליו שהלוהו וכו' עד אם השיב אינו חייב לך כלום או אין לך בידי כלום וכו' לא הוחזק כפרן ונשבע היסת ונפטר, הרי שהר"מ מחלק בין טוען להד"מ דאז הוחזק כפרן אבל בטוען אין לך בידי וכו' לא הוחזק כפרן וכדי שלא יקשה על הר"מ מהך סוגיא דפ"ק דמציעא דנקט בה ר' יוחנן לישנא דאין לך בידי כלום ואפ"ה קאמר דהוחזק כפרן הפך דברי הר"מ, הנה ה"ה ז"ל בפסקא המתחלת הרי שטען עליו וכו' הביא הסוגיא הנז' ומפרק לה כלאחר יד בלשון הזהב אשר לו וז"ל ומפרש רבינו דהא דר' יוחנן היא בעדים מעידין שיש לו עכשיו בשעת תביעה וז"ש שיש לו וכיון שאמר טענה המכחשת העדים לעולם אינו נאמן לומר פרעתי אבל אם העדים מעידים שיש לו עכשיו אלא שהלוהו והוא מברר דבריו וכו' ודאי לא הוחזק כפרן עכ"ל יע"ש ונאים הדברים למי שאמרן. ובזה הותרה תמיהתנו מעל הרא"ש דיש לומר דההיא דר"י בעדים מעידים שיש לו ודוק.

והנה הסכמת מרן בב"י היא כדעת הרא"ש והר"מ ובעה"ת לחלק בין אומר להד"מ לאומר אין לך בידי כלום דבאומר אין לך בידי וכיוצא לא הוחזק כפרן אבל בלהד"מ הוחזק כפרן כמו שפסק בשולחנו הטהור בח"מ סי' ע"ט סעיף יו"ד יע"ש, וכהסכמתו ביתה יוסף שהסכים לדעת הרא"ש סי' הנז' וכן הסכים הטור שם ס"ק ט' יע"ש.

ואשיבה ידי לנ"ד ואומר הנה בטח"מ סי' ע"ה ס"ק י"ד הביא דברי הר"מ דפ"ד דטוען דין ט' וז"ל וכן אם טענו מנה לי בידך וכפר ואמר להד"מ ובא עד אחד והכחישו וכו' חזר ואמר אין, לויתי ופרעתי וכו' הו"ל מחויב שבועה וכו' לפיכך משלם יע"ש. ומרן הב"י שם ליין שכן דעת הר"מ, אמנם הרשב"א שהביא מרן תשובתו שם שכתב הרשב"א בתשו' ההיא דבעד א' כה"ג לא הוחזק כפרן אלא מפטר בשבועה יע"ש באורך. ומרן בשולחנו הטהור סי' ע"ה דין י"ג פסק כדעת הטור והר"מ יע"ש. ודרך אגב ראיתי הדבר הקשה שהקשה מרן ז"ל בטח"מ סי' ע"ט ס"ק ז' שכתב הטור אבל הטוען להד"מ וחייבוהו שבועה וכשבא לישבע חזר וטען פרעתי וכו' עד אפי' אם עד אחד מכחישו ישבע היסת שפרע או שאינו יודע ויפטר ע"כ. ותמה עליו מרן דאם מכחישו בטענה ראשונה הרי הוחזק כפרן וכו' והו"ל מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם כמ"ש בסי' ע"ה, וכונתו מההיא שכתב בסי' ע"ה בשם הר"מ שהזכרתי. ואם העד מכחישו בטענה שניה אמאי ישבע היסת, שבועת התורה מיבעי ליה, וזהו תורף תמיהת מרן הב"י יע"ש שהניחו בתימה, וכלאו הסופרים בישוב תמיהתו איש לפי דרכו, ראשון לציון המבי"ט בח"ג סי' קנ"א חילק דההיא דסי' ע"ה מיירי כשהעד מעיד שעדיין חייב לו, והך דסי' ע"ט מיירי כשעד אינו מעיד אלא שלוה דוקא יע"ש וכסתייע מדברי ה"ה ז"ל שכתב כן בפ"ד מה' טוען דין ח' יע"ש, ועיין בש"ך סי' ע"ה ס"ק ל' שדחה דברי המבי"ט בזה יע"ש והדין עמו. וזאת לא זאת תמיה אני עליו דאפי' דבחלוקת איני יודע מיירי כשהעד מעיד שעדין לא פרעו כמ"ש המבי"ט אכתי קשה על הטור מחלוקת שכתב וחזר וטען פרעתי דהיכי מהימן, הלא לעיל בסי' ע"ה שהזכרתי לעיל דהעד מה שהכחישו הוא לומר שהלוהו דוקא ועכ"ז פסק הטור כדעת הר"מ דהו"ל משיל"מ א"כ גם כאן הי"ל להטור והיאך כתב דנשבע היסת ויפטר וא"כ אפי' לדברי המבי"ט לא הונח לנו קושיא זו. דהרואה יראה דתמיהת מרן היא הן ממ"ש הטור בסי' ע"א סעיף י"א דכשטען איני יודע וע"א מעיד שחייב לו משיל"מ, והן ממ"ש הטור סי' הנז' ס"ק י"ד דמשיל"מ, וא"כ כאן כשטוען לויתי ופרעתי או איני יודע כשהעד מכחישו בעיקר הטענה איך קאמר דישבע היסת וכו' הלא כולהו חד דינא אית להו דמשיל"מ. ואפי' שישב המבי"ט תמיהת איני יודע אכתי אידך דאומר פרעתי התמיהה קיימת. ואולי דהמבי"ט לא בא לישב אלא על התמיהה הנופלת על אינו יודע אבל לתמיהה הנופלת עליו על חלוקת פרעתי בדוכתא קאי, גם זה ראיתי לסמ"ע סי' ע"ט ס"ק ד' ישב לתמיהת מרן ות"ד דמ"ש בסי' ע"ה ס"ק י"ד הוא לדעת הר"מ. מיהו הרשב"א חלוק עליו וס"ל דבע"א לא הוחזק כפרן ולא שייך לומר מתשיל"מ אלא נשבע היסת ונפטר. ומ"ש הטור בסי' ע"ט הוא לדעת הרשב"א יע"ש, ומלבד שהוא דוחק על הטור דאדרבא אתרי ריבתי וכאשר השיגו הש"ך בסי' ע"ט ס"ק י"ט יע"ש, עכ"ז לדעתי קשיא לי תו על תירוץ הסמ"ע דמה יענה לתמיהה הנופלת על הטור ממ"ש בסי' ע"ה סעי' י"א דבאומר איני יודע אמרינן משיל"מ וא"כ היאך כתב כאן שישבע היסת שאינו יודע ויפטר דלית לה פתרי אפי' לפי תירוצו ולא ידעתי למה לא השיגו הש"ך בזה דלדעתי תמיהה זו עדין במקומה עומדת דמה שהשיג הש"ך לסמ"ע עיני ראו ולא זר בדרישה סי' ע"ט ס"ק ז' שכתב תירוץ זה ונרגש ז"ל דאין זה דוחק דסתם בשני המקומות והן סותרין זה את זה די"ל כיון דעיקרא דדינא דכתב רבינו הוא אליבא דכ"ע דיכול לחזור מטענתו וכו' יע"ש, אמנם תמיהתנו בדוכתא קאי.

וראיתי בפרישה הביא תירוץ אחר בשם רבו דההיא דסי' ע"ה מיירי כשבא העד קודם שטען פרעתי ולכן אמר משיל"מ. והך דסי' ע"ט מיירי לאחר שחזר וטען פרעתי בא העד וכל כי הא נשבע היסת ונפטר וגם הב"ח תירץ כן, אך נרגש מחלוקת איני יודע לא שנא בא אחר שטען איני יודע דדינו הוא משיל"מ ומכח זה נדחק בישובן של דברים כאשר יר' הרואה יע"ש. ועיין בש"ך ג"כ שתירץ באופן אחר יע"ש בסי' ע"ט ס"ק י"ט.

ולדידי חזי לי שדברי הטור כאן מיירי בבאו שני עדים ע"א מכחישו ואומר שלוה וע"א מסייעו שאומר שפרע או שלא זזה ידו מתוך ידו ומעולם אינו יודע שהלוהו ומאחר שע"א מסייעו עד אחד בהכחשה כלא הוא חשוב ואמטו להכי נשבע היסת ונפטר כנלע"ד.

המורם מזה הוא דבטוען מנה לי בידך והלה אומר לא היו דברים מעולם ובא ע"א ואמר שלוה אם היו שנים היו מחייבין אותו ממון עד אחד מחייבו שבועה ואם אחר שבא העד חזר וטען לויתי ופרעתי אם היו שנים לא מהימן שהרי הוחזק כפרן ונוטל שכנגדו בלא שבועה עכשיו שאינו אלא ע"א דינא הוא דמשיל"מ. וזו הלכה רווחת לר' נמלא חולק אלא הרשב"א דלא ס"ל משיל"מ אלא נשבע ונפטר ולית הלכתא כוותיה. מיהו הייט דוקא כשאמר לא לויתי או לא היו דברים מעולם אבל באומר אין לך בידי כלום או שקר אתה טוען וכיוצא וכשבאו העדים טוען לויתי ופרעתי לא הוחזק כפרן ויכול לתרץ את דבריו, ובעד אחד ג"כ וטען תחלה אין לך בידי כלום וכשבא העד טען לויתי ופרעתי ודאי לא דייני' ביה משיל"מ אלא יכול לתרץ דבריו ומהימן בשבועת היסת וכל הדברים הללו הלכות קבועות הם כאשר העליתים על ספר לעיל מדברי הראשונים והאחרונים אחת לאחת.

דמי. ואיפסקא הלכתא כרבא כמ"ש הטח"מ סי' ע"ט יע"ש.

והתו' שם ד"ה כל האומר לא לויתי וכו' הקשו ז"ל וא"ת אמאי לא מתרצי' דיבוריה לא לויתי כלומר לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי וכו', ואומר ריב"א דהכא לא קאמר לא לויתי אלא להד"מ וכו' עד ועוד יש לחלק דהכא כשטוענין עליו בב"ד יש לו ליסב בענין שיפטר ואין לנו לתרץ דבריו ע"כ.

וראיתי בגידולי תרומה שער י"א תמה על תי' ריב"א דלפי דבריו דס"ל דבלא לויתי דמתרצי' דיבוריה כלו' אין לך בידי כלום שפרעתיך ולפ"ז ק' מאי דתנן במתני' מנה לי בידך וכו' למחר א"ל תנהו לי אין לך בידי כלום חייב דאמאי חייב נתרץ דבריו אין לך בידי היינו לומר שכבר פרעתיך והוא ז"ל מלא מנות במ"ש בבתרא דף ו' מאי אין לך בידי כלום כלו' לא היו דברים מעולם זהו תורף דבריו יע"ש. ולדעתי אין צורך לזה דהתם שאני שאמר לו הן מתחלה ומאחר שכבר הודה שחייב לו א"כ תו לא מהימן לומר אין לך בידי כלום שכבר נתחייב ממה שהודה לו בתחלה משא"כ הכא שאמר לא לויתי הלכך מתרצינן דיבוריה. ולמען תחזקנה ידיך בזה לא ולמד במ"ש התו' שם בבתרא דף הנז' ד"ה לא לויתי וכו' ז"ל הקשה ר"י מה צריך כאן לטעם זה וכו' הא ודאי כיון שכבר הודה תו לא מהימן לומר שלא לוה וכו' יע"ש. הרי לך כדכתיבנא דשאני הא מתני' מההיא דהאומר לא לויתי וכטעמא דכתי'. איברא שדברי התו' שם מה שתירצו לתמיהתם ז"ל ואומר ר"י דאיצטריך לאשמועי' וכו' לא לויתי לפי שפרעתי קמ"ל דכאילו אמר לא פרעתי להדיא עכ"ל, ולכאורה אם קושיתם קושיא לא ידעתי מקום לתירוצם דסוף הקושיא שהקשו במקומה עומדת דהך טעמא דכל האומר לא לויתי מאי שייטיה הכא כיון דבלאו הכי טעמא מחייב מטעם שהודה ואמר הן ומה נועיל במה שנאמר דבא להשמיענו דלא מתרצינן דיבוריה שדבר זה אין כאן מקומו להשמיענו זולתי בשבועות היה להם להשמיענו זה, ותו מהיכא מוכח דממה שהביא הך דכל האומר לא לויתי וכו' והשמיענו דלא מתרצי' דיבוריה מה סימנין מלאו כאן שמורה שהשמיענו דלא מתרצינן דיבוריה.

אמנם הנלע"ד הוא דהני תרי תמיהי חדא מתרצא חברתה והוא דהרי כתבו התו' שם בשבועות דבאומר להד"מ תו לא שייך לומר דמתרצינן דיבוריה כנז"ל ועל פי זה יבא תירוצם נכון דכונתם לומר דמה שהביא כאן הך דכל האומר לא לויתי וכו' היינו לפי שתירץ הש"ס מאי אין לך בידי כלום להד"מ ואמטו להכי סמיך ליה להאי דכל האומר לא לויתי וכו' לאשמועינן דהאי דהאומר לא לויתי הו"ל כאומר להד"מ, מה באומר לא היו דברים מעולם אין שייך לתרץ דיבוריה גם באומר לא לויתי וכו' הכותה ולא מתרצינן דיבוריה, וטעמייהו כיון דטוען לפני ב"ד היל"ל בענין שיפטר להדיא וכמו שחלקו התו' שם בשבועות בסוף הדיבור כנז"ל, ולכונה זו הוא מה שהביאו טעמא דכל האומר לא לויתי לומר דלא מתרצינן דיבוריה דאילו הכא בלאו האי טעמא מיחייב כיון שאמר לו הין והודה לו כנ"ל ביאור תירוצם ודוק היטב.

א"נ נ"ל במה שיש לדקדק בש"ס שאמרו מאי אין לך בידי כלום להד"מ דמי גילה להם רז זה דמיירי באומר לא היו דברים מעולם הלא איהו לא אמר כן אלא אין לך בידי כלום והיאך אנו מגיהים דבריו. אלא ודאי דהכא אין לנו לומר דמ"ש אין לך בידי כלום לפרש דבריו ולומר אין לך וכו' מחמת שפרעתיך דמאחר שכבר מתחלה אמר הן והודה שחייב א"כ תו לא מהימן, ומה שאומר אין לך בידי חשבינן כאלו אומר לא היו דברים מעולם ואין דבריו האחרונים כלום מאחר שכבר הודה ואמר הן, ואמטו להכי לא מפרשי' דבריו שכונתו לומר פרעתי שאם כונתו כן מיד היל"ל פרעתי ומדקאמר הן הרי נתחייב בהודאתו ותו לא מתרלינן דיבוריה ואמטו להכי הביא הא דכל האומר לא לויתי וכו' להשוותן יחד דכי היכי דהכא אין מקום לתרץ דבריו גם באומר לא לויתי לא מתרלינן דבריו כיון דטוען לפני ב"ד והי"ל לפרש דבריו ולומר פרעתי כנזכר לעיל ודוק.

ואערוך שיחה בענין האומר אין לך בידי כלום הוי ממש כאומר להד"מ או לא, הנה מרן בב"י ח"מ סי' ע"ט אות ט' הביא מערכה מול מערכה דרבינו האי מפרש דאפי' לא אמר אלא אין לך בידי כלום, אין לך בידי משמע אין לך בידי מעולם וכ"כ המרדכי בפ"ק דמליעא והאית המרדכי היא מההיא דאמרינן פ"קדמליעא דף י"ז אמר ר' יוחנן מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ועדים מעידים אותו שיש לו וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן וכו' כי הא דשבתאי וכו' אירכס כתובתה אמ' לה להד"מ אתו סהדי וכו' אתו לקמיה דר' חייא א"ל הוחזקת כפרן ע"כ, ומדקא מסוי סה"א דר' יוחנן להאי דאלטלא אלמא אין לך בידי כלום ולא היו דברים מעולם שוין יע"ש. ובאמת דגם מהך סוגיא דבתרא שהזכרנו דקאמרי מאי אין לך בידי כלום לא היו דברים מעולם משמע נמי כדעת המרדכי ורבינו האי. אבל אין כן דעת הרא"ש שכתב בשבועות אמאי דתנן אין לך בידי חייב פי' רש"י כגון שאומר להד"מ רלונו לו' שפי' דבריו כן אבל אם אמר סתם אין לך בידי לא הוחזק כפרן דמלי למימר אין לך בידי עתה קאמינא שהרי פרעתי לך ומתרץ דיבוריה וכו' יע"ש, ולדעת הרא"ש ל"ל דהך סוגיא דבתרא דקאמר מאי אין לך בידי כלום להד"מ דאיירי במפרש ואומר בפי' לא הד"מ דאילו באומר סתם אין לך בידי כלום ודאי דיכול לתרץ דיבוריה ולומר מאי אין לך בידי שאמרתי היינו שפרעתי לך ולא נשאר לך כלום מחמת שפרעתיך.

א"נ אפשר לומר דאה"נ דס"ל דבאומר אין לך בידי דלא הוחזק כפרן, מיהו היינו דוקא כשמתרץ הוא בעצמו דברו ואומר שפירושו מחמת שפרעתיך אבל כל זמן שהוא בעצמו לא מתרץ דיבוריה אלא אומר אין לך בידי כלום ותו לא, אין לנו לתרץ דבריו ולומר דלא הוחזק כפרן אלא כל שאומר אין לך בידי ולא פירש דבריו הו"ל כאומר להד"מ והוחזק כפרן קרינא ביה מדסתם ולא פי' דבריו בפני ב"ד תו לא מלי בתר הכי לפרש דבריו. כנ"ל ליישב הך סוגיא דבתרא לדעת הרא"ש ז"ל דלא תקשי אליביה דיש לפרשה בחדא מתרי גווני דכתיבנא.

אמנם הסוגיא דפ"ק דמליעא שהביא הרא"ש דברי ר' יוחנן בלביון ובקומתן דבאומר מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום הוחזק כפרן כי הא דשבתאי וכו' מדמדמי לה להך עובדא דאלטלא אלמא דס"ל דאין לך בידי ולהד"מ דינן שוה דהוחזק כפרן דזה מורה כסברת רבינו האי גאון והמרדכי דלא מפלגי בינייהו. ואלו לדעת הרא"ש דס"ל דבאומר אין לך בידי יכול לחזור ולתרץ דבריו א"כ אמאי כאן פסק דברי ר' יוחנן דהוחזק כפרן הלא שפיר יכול לתרץ דבריו ולמה הוחזק כפרן ונמלאו לפי זה דברי הרא"ש דשבועות עם ההיא דפ"ק דמליעא דפלגן בהדייהו.

וראיתי להטח"מ סי' ע"ט הביא הך מימרא דר"י דפ"ק דמליעא ושינה לשונו מדברי ר"י דנקט בלשונו וז"ל א"ל מנה לי בידך א"ל להד"מ ועדים מעידים שהלוהו וכו' הוחזק כפרן יע"ש. ומרן הורה לנו שדבריו הם לקוחים דר' יוחנן דפ"ק דמליעא יע"ש, ולא ראיתי שנרגש מרן בזברי הטור דאי מההיא דר"י נפקא ליה הי"ל לומר כלשון ר"י דאמר והלה אומר אין לך בידי כלום דהוחזק כפרן ולמה שינה ונקט להד"מ. ואין ספק אללי דהטור ז"ל מאחר דאזיל לשיטת הרא"ש אביו דס"ל דבאומר אין לך בידי כלום יכול לתרץ את דבריו ולא הוחזק כפרן כמ"ש הטור בסי'

ספק ברשותו של שמעון לחוד ולא שייך לומר כאן נמלאו וכאן היו הואיל ונולד הספק בממון שלשתן הילכך מאחר שהוא תפוס עכשיו בממון דייני' ביה דמהני תפיסתו לענין דהמע"ה. וההיא דטלה כיון דאיכא חזקה דאוקי ממונא בחזקת מאריה קמא וחזקה דהאידנא חזקתו חזקה מעלייתא ואדרבא איפך שהוא המפקיד הוי מוציא ממון מחזקתו ועליו הראיה ולא שייך ביה לגבי נפקד לומר כאן נמלאו וכאן היו כיון דאית ליה חזקת ממונא דמוקמינן ליה בחזקת מאריה קמא הו"ל איפך מוציא ועליו הראיה. ומאי דמדמי לה הרב תה"ד נ"ד להיא דטלה לענין הממע"ה הוא דמדמי להו, מיהו אין הנושאין שוין דהא כדאיתיה והא כדאיתיה אך הדין שוה בכולן לענין דדייני' בהו הממע"ה כל חד וחד לפי טעמו ונימוקו כן נר' לישוב הדברים.

היוצא מן המחובר דכל היכא דאין חזקת ממון למאריה קמא לא בעי' תרי חזקות ותפיסתו זו האחרונה שתפש הויא תפיסה ובחזקה זו לחודה מהניא והויא ליה איפך הממע"ה כאשר הארכנו. דון מינה לנ"ד דלית ביה חזקת מאריה קמא דהלא שני הצרורות מונחים תוך תיבה אחת ושניהם נקבוש העכברים והם' נולד בשניהם א"כ אלו הארבעה דינרים הנמלאים ביד שמעון הואיל והוא תפוס בהם תפיסתו תפיסה והרי הם בחזקתו וראובן מיקרי מוציא ועליו הראיה וכמ"ש לעיל בשם מוהרי"ט ומוהריב"ל ז"ל, ועיין בתשו' מוהר"ם לס' משפטים סי' מ"ה וכאשר דן הרב תה"ד בנדון דידיה כן דייני' גם לנ"ד דכותה אף שאין הנושאין שוין כנלע"ד.

ואת גם זאת הנה מקום אתי לדון כדין הממע"ה ממ"ש התו' בהך סוגיא דפ' המדיר דף ע"ו שהבאתי ד"ה כל הנולד ספק ברשותו וכו' וא"ת מאי פריך בהשואל גבי מחליף פרה בחמור בגמ' ואמאי והלא נולד ס' ברשותו וכו' וצריך לחלק בין ס' שנולד לטיבותא לס' שנולד לגריעותא ע"כ, ומוהרשד"ס בח"מ סי' ש"ט למד מזה לנ"ד דהס' הוא לטיבותא דאמרינן המע"ה יע"ש דרך ארוכה.

צא ולמד לנ"ד דמספקא לן באלו הד' דינרים של מי הם דהוי הספק לטיבותא דדייני' ליה כדין המע"ה. איברא דהן הראני לדעת ידיד נפשי כמה"ר יונה נבון יצ"ו בהריב"ש סי' שע"ג שנשאל ממנו הבנת דיבור התו' הנז' והוא ז"ל ברוח מבינתו ראה ויתר פי' דבריהם ותורף דבריו דהכא שבאים לגרוע עיקר הקנאת הפרה מכח ספק חשבי' ליה לגריעותא ולכן אמרינן כל מי שנולד הס' ברשותו עליו להביא ראיה, משא"כ בההיא דהשואל דבעיקר קניית הפנ"ה והחמור ליכא ספיקא הלכך הו"ל ספיקא לטיבותא ודייני' ביה דין המע"ה. אלו ת"ד יע"ש.

מיהו מוהרשד"ס נר' דנעלמו מזיו חכמתו דברי הריב"ש במה שביאר כונת דברי התו' כנז' ולא שלטו עיניו בהם, תו צריך לי ביאור דברי מוהרשד"ס שם במה שרצה להשוות דברי התו' דנדה בתי' הב' עם דברי התו' דהמדיר ואשר עיני בשר לו המה יביטו יראו דלא שוו אהדדי דלפי תירוץ השני דנדה כונתם דלהחזיק במה שבידו אין צריך להביא ראיה וההיא דאמרינן בהמדיר כל שנולד הס' ברשותו וכו' היינו דוקא כשבא להוציא כגון הטבח היכא דלא יהיב דמי, דהמוכר שהוא המוציא עליו הראיה, אבל להחזיק לא בעי ראיה וכמ"ש מוהרשד"ס ז"ל שם שדברי התו' דנדה הן הן דברי המרדכי דפ' המדיר יע"ש, אבל דברי התו' דהמדיר אינם כן אלא כל שהס' הוא לגריעותא אפי' שהוא להחזיק עליו הראיה. וא"כ איך מוהרשד"ס ז"ל כריש דבריו השוה דברי התו' דהמדיר עם דברי התוס' דנדה ופליגי אהדדי, והוא עצמו יעיד על זה כמ"ש שדברי התו' דנידה הן הן דברי המרדכי. וא"כ מטוניה ומדויל ידיה משתלים דזה מורה באצבע דפלגן בהדייהו, תו במ"ש מוהרשד"ס ז"ל ואחרי הודיע אלקים וכו' יע"ש, הרי מתבאר מדבריו שדברי המרדכי ותו' דנדה פליגי עם ההיא דהמדירי' וא"כ איך ברשית דבריו השוה אותם יחד שכתב ז"ל וכן נר' מתי' שני של תו' של מס' נדה וכו' ונמצא סותר עצמו, תו קשה בדברי הרשד"ס במ"ש ז"ל אלא אפי' לדעת הרי"ף והר"מ וכו' עד בנ"ד איכא למימר דאין היורשין צריכין להביא ראיה דשאני התם דהוי ספק שנולד לגריעותא וכו' יע"ש, ואני בער ולא אדע מה ראה הרב ז"ל מדברי הרי"ף והר"מ שהיא סתירה לנ"ד עד שהילכך לומר דשאני התם וכו' דילע"ד דע"כ לא כתבו כן הרי"ף והר"מ דהלוקח בעי ראיה אלא דוקא משום דממונא בחזקת מאריה קמא היא והלוקח בא לגרוע הך חזקה בטענת שמא הלכך עליה דידיה להביא ראיה ושפיר, אבל בנדון הרב דהיורשין מוחזקין בכל הממון וממונא בחזקת יורשין קיימא ומקבל המתנה הוא שבא להוציא מידן בטענת שמא שהמטלטלין ההם היו ברשותא כל כי הא גם הרי"ף והר"מ הכל מודים דעל מקבל המתנה להביא ראיה דהו"ל מוציא ממון מחזקתו והמע"ה, וא"כ תו לא בעי' הך חילוקא דהוי ס' לגריעותא דאף דנימא דהוי לגריעותא מ"מ כיון דיורשין מוחזקין, על מקבל המתנה להביא ראיה כאמור, ובזה אין צורך למ"ש מהרשד"ס ז"ל, ועוד שאר גימגומי דברים אני רואה בדברי מהרשד"ס ז"ל ולאהבת הקיצור איני מאריך והרוצה לעמוד על דבריו ירא' בקושי.

הדרן למאי דאתינא עלה דלא מיבעיא לדברי מוהרשד"ס שתפס דברי התוס' דהמדיר כפשטן, דמינה נלמד לנ"ד דהספק הוא לטיבותא דאית לן למידן המע"ה כנז"ל, אלא אפי' לדברי הריב"ש במה שביאר דבריהם כנז"ל דייני' נמי דין הממע"ה, הואיל ונ"ד לא שייך לומר דאיכא גירעון בעיקר ההקנאה דדוקא גבי מוכר וקונה איכא גירעון ואיכא נד טיבותא, אבל נ"ד אין לו דמיון לזה ולהכי הויא ליה כתפיסת לאחר שנולד הספק דכל דליכא חזקת מאריה קמא תפיסתו תפיסה וכמ"ש לעיל בשם מוהריב"ל ומוהרי"ט ז"ל, וגם מוהר"ם הובאו דבריו בהגהות מיי' בתשובות דשייכי לס' משפטים סי' מ"א נתב כן בפשיטות כאשר יראה הרואה שם באורך וברוחב.

ובכן קם דינא לנ"ד דמאחר דשמעון הנפקד תפוש באלו הד' דינרים זכה בהם ותפיסתו תפיסה ודידיה נינהו וראובן המפקיד הו"ל מוציא ועליו הראיה וכל שאינו מביא ראיה ברורה, דשמעון נינהו ואין לו חלק ונחלה וכאשר הארכנו בטעמי תרילי דכתי' כנ"ל לדון להלכה ולמעשה, ואתחנן אל ה' יצילני משגיאה ויזכני לדון דין אמת לאמיתו ללמוד וללמד כל ימי עולם ולכל בהן חיי רוחי, כי באלה חפלתי כל עוד נפשי בי אף רוחי, אמן כן יאמר ה' צור מחסי מבטני גוחי, כה דברי עבד נרצע ליודע דת ודין קטינא קטינא מאוס וסחי

ישראל מאיר מזרחי.

סימן ח'.

דיני ערב.

שאלה ראובן לוה משמעון בערבות לוי וכשבא זמנו תבעו לראובן והשיב לא היו דברים מעולם ולוי הערב מודה שלוה אך אינו יודע אם פרעו, וכמו כן אם ילא ערב בעד גוי והגוי כפר והערב אומר שלוה ואינו יודע אם פרע, היכי לידיינו דייני להאי דינא ושכמ"ה.

תשובה אל ה' ויאר לנו כיר"א. עיקרא דהאי מלתא איתא פ' שבועת הדיינים דף מ"א ע"ב ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דאוזיפתך א"ל לא היו דברים מעולם אזל אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה אמר אביי וכו' רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי

דבשלמא התם שבא להחזיק בעל החמור בפרה שמעולם לא היתה שלו אלא השתא בא להחזיק בטענת שמא מת החמור אחר שמשך את הפרה אמרינן דעליה דידיה מוטל להביא ראיה שכיון שהרי מת לפניו והיתה נבלתו למאכל לעוף השמים ולבהמת הארץ והפרה לא הוחזק בה בודאי שהיה שלו קודם לכן, הלכך אמרינן מטעם דכאן נמצאו וכאן היו דעל הלוקח להביא ראיה ושפיר, משא"כ בההיא דמפקיד טלה שהרי הוחזק לבעל הבית שהיה לו טלה חי בעדר ושלו היה בודאי, אלא דבוב נמצא מת אמרינן אדרבא אידך שהוא המפקיד הוי מוציא ועליו הראיה משום דבעה"ב אית ליה תרי חזקי חזקת הטלה שנודע בודאי מתחלה שהיה לו, וחזקת האידנא שהוא מוחזק בטלה כמו שכתבו התו' בפרק השואל כנז"ל, וכן נדון הרב תה"ד דכותה שהרי הוחזק מתחלה בודאי שהיה לו לשמו ד' זהובים ממון שלו וחזקה אחריתי שהוא מוחזק בממון שהוא תחת ידו וכן בטבעות ומרגליות כה"ג הלכך דן הרב תה"ד דמדמי' ליה לטלה, משא"כ בההיא דבעל החמור דמעולם לא הוחזק בפרה בודאי שהיא שלו ומכח ספק בא להחזיק אמרינן כל שנמצא הספק ברשותו שהוא בעל החמור עליו להביא ראיה לא ראי זה כראי זה. וידיד נפשי הח' השלם כמה"ר יונה נבון יצ"ו תירץ לזה עפ"י מ"ש התו' בנדה דף כ"ח ע"א ד"ה ולענין דינא תנן וא"ת מדינא נמי תתחייב השניה לכבסו כדאמרינן בהמדיר כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, ותירצו וי"ל כיון שאינה לשניה אלא בתורת שאלה אינו ממש ברשותא ע"כ, וכ"כ בפסקי התו' שם. הרי דס"ל לחלק בין מקח וממכר לשאלה דבשאלה לא הוי ממש ברשותה, ולכן בנ"ד התה"ד דהוי פקדון הוי ממש דומה למפקיד טלה דבנפקד לא הוי ממש ברשותו ולא שייך לומר כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ולא דמי למקח וממכר ודברי פי חכם חן.

ומעתה אחרי הודיע אלק'ים לנו את כל זאת הגם דנ"ד לא הוי ממש דומה לנדון התה"ד מ"מ נקטינן דכל היכא דאית ליה תרי חזקות, חזקת הממון שהיה לו מתחלה וחזקה האחרונה שהוא תפוס בו כי ההיא דהמחליף פרה בחמור וילדה דכתבו התוס' דאע"ג דמוכר אין לו חזקה בולד הזה מ"מ הואיל והוחזק שהיה לו פרה מעוברת הגם דלגבי ולד לא הוחזק, מ"מ דמי קצת לההיא דטלה והממע"ה כנז"ל אף אנו נאמר בנ"ד דהואיל דהנפקד מתחלה היה מוחזק שהיה לו ממון משלו בודאי שם אף שבאלו הארבעה דינרים הנמצאים לא הוחזק בהם מ"מ יש לדמותו למוכר שכתבו התו' דמדמי' ליה לטלה וחשיבי תרי חזקי. ה"נ בנ"ד דכותה דאית ליה תרי חזקי חזקה הראשונה וחזקה זו שהוא תפוס ודייני' ליה כדין טלה דהממע"ה, ובעי המפקיד להביא ראיה על הד' דינרים שנמצאו שהם שלו הא לאו הכי מוקמי' להו בחזקת בעל הבית הנפקד.

האמנם העומד לנגדי ככותל הוא מ"ש מוהרי"ט ז"ל בשניות חח"מ סי' קכ"ד דף ק"ל שהביא תשו' רילב"ח שהביאה מוהר"ם על ארבעה וחמשה כיסין שהיו בתיבה ונטלה הבת שני דינרין ואינו ידוע מאיזו מהם נטלה והשיב דכיון דנטלה מן הקבוע כמחצה על מחצה דמי והממע"ה, והקשה מוהרי"ט משמע דטעמא משום דהוי קבוע הא לאו הכי אזלינן בתר רובא ואמאי, הא קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב כדמוכח בריש המניח ובהמוכר פרות ותירץ אלא נר' דכי אמרינן הכי היינו היכא דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מאריה קמא אבל כאן דהוחזק שם ממון אחרים אין לממון הנמצא חזקה קמייתא אלא משום שנמצא ברשותו הלכך רובא עדיף דתפיסה דהכא הויא תפיסת ספק במקום שאינו ידוע שהוא שלו ע"כ. הרי דכל דהוחזק שם ממון אחרים כתב דאין לממון הנמצא חזקה קמייתא, ושוב אין כאן אלא חזקה זו שהוא תפוס. וכיון שכן בין בנדון הרב תה"ד ובין בנ"ד דהוחזק שם ממון אחרים פקעה לה חזקה קמייתא ונמצא דאין כאן אלא חזקה א' שהוא תפוס והך חזקה לחודא לא מהניא וחזר הדין דבעי' תרי חזקות כמ"ש התו' כנז"ל, והואיל וליכא אלא חזקה אחת תו לא מהני תפיסתו ובזה נסתר מ"ש, וגם מה שרצינו ליישב למה שתמה הרב עדות ביעקב מדברי התו' על התה"ד הנך רואה דעפ"י דברי מוהרי"ט הנז' אין מקום לישובינו הואיל וליכא אלא חזקה אחת ותו לא, א"כ תמיהת הרב עדות ביעקב חזרה לתוקפה ולאיתנה, והראיתי הדברים לפני ידיד נפשי החכם השלם כמהר"י נבון יצ"ו והוא ענה דאין מקום לתמיהת הרב כלל, דע"כ לא כתבו התו' דבעי' שהלוקח יטעון ברי אבל בטוען שמא לא מהני אם לא בדפתיך בהדיה חזקה אחריתי, ולא דמי לההיא דטלה אלא דוקא היכא דאיכא חזקה אחריתי דאוקי ממונא בחזקת מאריה קמא הלכך כדי שהלוקח יפקיע ההיא חזקה דמאריה קמא בעינן שיטעון ברי או אף בטוען שמא בעי' שיהו שם ב' חזקות, אבל כל היכא דליכא חזקת מאריה קמא כגון בנדון הרב תה"ד דכמו שהיה לו ממון גם היה שם ממון אחרים ואין לומר אוקי ממונא בחזקת מאריה קמא דהא כך יש לזה כמו לזה בכה"ג ודאי דבחזקה זו שהוא תפוס הגם שהוא ספק תפיסה בספק כגון זו הויא תפיסה והממע"ה ובחזקה זו לבד מהני ואמרינן הממע"ה, וההיא דטלה דהטלה הוא בחזקת מאריה קמא הלכך אין להוציאו מחזקתו משום דהממע"ה דאיכא ב' חזקות. וראיה לזה הביא מדברי מוהרי"ט בראשונות סי' קכ"ו כתב בנ"ד וז"ל ומיהו איכא למימר דלא דייני' הכא בדינא דתפיסת ספק דמפקי' מיניה דהתם ה"ט משום דמוקמינן ממונא בחזקת מאריה קמא אבל הכא ליכא לאוקומה בחזקת ישראל וכו' עד אלמא כל שחזקת הראשון מסופקת לא אזלינן בתר חזקה קמייתא אלא בתר חזקה דהשתא, וכיוצא בזה כתב מוהריב"ל בח"א כלל ז' סי' מ"ו יע"ש אלו דבריו יצ"ו. והגאתי הדבר שמצאתי סמוכות לזה למוהרי"ט בשניות חלק ח"מ בכמה מתשו'. וגם בשאר הפוסקים מפורש כן הרוצה לעמוד עליהם יבדוק עד שידו מגעת. ובהך פירוקא מיתבא נמי מה שתמה הרב עדות ביעקב על התה"ד מההיא דתקפו כהן דמוציאין מידו דאלמא דתפיסת ספק לא שמיה תפיסה כאשר יראה הרואה בדברי הרב הנז' סוף סי' ע"ד. ועל הדרך האמור אין מזה קושי כלל דשאני הך תפיסה דכהן דלא מהני היינו משום דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מאריה קמא והלכך תפיסת ספק לא מהני לאורועי חזקת מאריה קמא אם לא בתפיסה ודאית. משא"כ בנדון הרב תה"ד דליכא הך דאוקי ממונא בחזקת מאריה קמא דהא בממון ההוא כמו שיש חלק לשמעון יש גם כן חלק לראובן ולוי ויד כולן שוה בו שטלשתן הטילו לכיס אחד מתחלה הלכך הואיל וליכא חזקת מאריה קמא מהני בה מה שהוא תפוס ומוחזק שמעון בממון ובהך תפיסה לחודא אהני ליה דנימא הממע"ה ולא בעי תרי חזקות, ובהכי ניחא גם מה שתמהתי אני על הרב תה"ד מההיא דהמדיר דאסיקנא כל הנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה, ועל הלוקח להביא ראיה לדעת הרי"ף והר"ת מטעם דכאן נמצאו וכאן היו כנז"ל דאיכא למימר דשאני התם דאיכא למימר אוקי פרה בחזקת מאריה קמא וכן בההיא דלא הוגלד פי המכה דאיכא למימר אוקי בהמה בחזקתה ובהמה בחייה בחזקת היתר עומדת וא"כ הבהמה בחזקת מוכר יש לנו לומר שהיתה בריאה וטובה הלכך על הלוקח שבא לאורועי החזקות הנז' עליו להביא ראיה משום שנולד הספק ברשותו ואמרינן כאן נמצאו וכאן היו, אבל בנדון הרב תה"ד דליכא הך חזקה דאוקי ממונא בחזקת מאריה קמא מאחר דיד שלשתן שוה בממון מתחלה לא מיקרי נולד

ספק

הרמ"א אהדדי ויהי כמשיב ומפרק כלאחר יד דלעולם הרמ"א פליג על הר"מ וס"ל דאינו משלם מביתו מיהו היינו דוקא כשנפסד הכל אבל בנפסד מקצתו אז איכא חילוק בין לא איסתני גופא דממונא להיכא דאיסתני, דבאסתני ההפסד הוא לאמצע, ובהכי עלו ובאו דברי הרמ"א על נכון זהו כונת הב"ח לכל מבין .

ברם דבריו נפלאו מני בזה ובין במ"ש בסי' ל"ג דהרמ"א אזיל לשיטת הראב"ד כמ"ל כי הוא סותר עצמו למ"ש הב"ח גופיה בסי' קע"ו על דברי הרמ"א הראשונים שהביא הטור בסעיף ח' והב"ח שם כתב דלא פליגי הר"מ והרמ"א דמ"ש הר"מ דמפסי' מביתו מיירי היכא שההפסד בא מכח משא ומתן ובזה גם הרמ"א אזיל ומודה להר"מ ומ"מ הרמ"א שאין לו מביתו היינו שנפסד הכל ע"י גיים, ובזה גם הר"מ יודה להרמ"א ובזה השוה דעת הר"מ לדעת הרמ"א זת"ד הב"ח שם יע"ש .

ואנבי הרואה חזות קשה שבא לשים שלום בין הרמ"א להר"מ וסתר את עצמו כי הוא ז"ל בסי' ל"ג העלה דהרמ"א ס"ל כהראב"ד ז"ל וזה הפך מ"ש כאן. ואם כאמר שאחרי שהניף ידו על דברי הרמ"א דסי' קע"ו וראה שיכולין להשוות הדעות כא' חזר בו ממ"ש סי' ל"ג וס"ל דלא פלגן בהדייהו וקרו ליה הדרכא, מ"מ מה יענה ביום שידובר בו מ"ש הב"ח גופיה על דברי הרמ"א דסי' קע"ו האחרונים דמיהו כשנגנבו מקלתן כמ"ל דזה מורה באלבע דס"ל דהרמ"א פליג על הר"מ ונמלא סותר עלמו בסי' ההוא מס' ח' לס' יו"ד, והכרח הוא דבסעי' י' ס"ל דפליגי הר"מ והרמ"א, דאי לאו הכי אלא דס"ל דלא פליגי כמ"ש בסעי' ח' א"כ הי"ל להב"ח לו' דמ"ש הרמ"א לעיל דאין לו לשלם מביתו מיירי בנפסד הכל ע"י גיים, ומ"ש הרמ"א ז"ל בדבריו האחרונים דיש חילוק בין לא איסתני היינו לומר דאז חולקים לפי ממון אבל היכא דאיסתני ובא ההפסד מחמת משה ומתן אז משלם מביתו ובזה היה נמלא מנוח לדברי הרמ"א אהדדי. וממה דלא כתב כן זה מורה דס"ל דהרמ"א פליג על הר"מ ואם כן נמלאו דברי הב"ח דפליגי אהדדי וכעת דברי הב"ח נפלאו מני .

והנלע"ד ביסוב דברי הרמ"א דלעולם לא פליג על הר"מ כמ"ש הב"ח בסי' קע"ו סעי' ח' כמ"ל ומ"ש הרמ"א שם סי' הנז' בדבריו האחרונים מסתברא היכא שהטילו וכו' הכונה דהרואה יראה דהר"מ בפ"ד משותפין כתב דהשותפין שהטילו לכיס זה מנה וכו' אם נתעסקו כולם בממון אז אם פיחתו או הותירו חולקין בשוה אבל אם עדין לא נתעסקו והמעות קיימין בעין ופיחתו או הותירו מחמת המטבע שסינה המלך או אנשי המדינה חולקים השכר או ההפסד לפי המעות יע"ש. והנה הרמ"א למד מדברי הר"מ הנז' שהגם שהר"מ כתב כשהמעות קיימין דאם פיחתו או הותירו מעליא או ירידת המטבעות דחולקים לפי דמים. לא תימא דוקא בזה הוא דחולקים לפי מעות ותו לא, אלא מסתבר דה"ה כשהמעות קיימין ונגנבו או נאבדו דחולקים לפי המעות הואיל ולא איסתני גופא דממונא זה למד מכח הסברה מדברי הר"מ, לאפוקי אם איסתני גופא דממונא ונתעסקו בדמים דאז דינא הוי דאם נתעסק א' לבדו ונגנב או נאבד אז הוא מחייב באחריותו משום דהשותפין שומרי שכר הם כמ"ש הטור בסי' הנז' סעי' י"א ואם נתעסקו יחד ההפסד לפי המעות משום דהוי שאלה בבעלים, משא"כ כשהמעות בעין ונגנב או נאבד דאז חולקין לפי דמים, והשמיענו הרמ"א דפירוש התוספתא דהביאה הר"ן בשנים שהטילו לכיס דאם נגנב מהם וכו' חולקים לפי המעות דמיירי כשהמעות קיימין ועדין לא נתעסקו בהם. דלא נימא דפי' התוספתא מיירי בשכבר נתעסקו במעות יחד דאז כיון דהוי שאלה בבעלים דחולקין לפי המעות. אלא פי' התוס' הוא דוקא כשהמעות קיימין ולא נתעסקו בהם, ולכך כתב מסתברא מאחר דהתוס' סתמא מתנייא יותר מסתבר לאוקומה דמיירי כשלא נתעסקו במעות. ולמדה הרמ"א מדברי הר"מ דכי היכי דכתב הר"מ דכשהמעות בעין ופיחתו והותירו מחמת עלית המטבעות דחולקים לפי דמים ה"ה בגניבה ואבידה כדבר האמור. ולכן רבינו בשולחנו הטהור הביא סברת הרמ"א בשם יש אומרים מאחר דהתוס' סתמא מתניא כנלע"ד ובזה נסתלקה תמיהת הס"ך הנז"ל כנלע"ד ודוק. כל זה כתבנו דרך אגב יען כי הוא נלרך לנ"ד וכמ"ש לקמן בס"ד .

הדרן למאי דאתינא עלה ליסוב מה שתמה הרב עדות ביעקב על פסק הרב תה"ד כי עוד זאת ראיתי שתמה עליו הרב הנז' בסי' ע"ד ממ"ש התוס' בפ' השואל דף ק' בההיא דהמחליף פרה בחמור ד"ה ולחזי ברשותא דמאן קיימא וז"ל וא"ת וכו' ותירלו וי"ל כיון שיש ס' בדבר וכו' אבל אם היה טוען שמא, סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק, ול"ד לא' שהפקיד טלה וכו' דהתם היה מוחזק בודאי בטלה חי מעיקרא אבל כאן לא הוחזק לוקח בולד זה בודאי וכו' ע"כ. הא קמן מדבריהם דדוקא היכא דפתיך בהדי חזקת ממון חזקה אחריתי כגון ההיא דטלה היינו חזקת חי וכו' הוא דמהני ליה בטוען שמא ואי לא כה"ג דליכא אלא חזקת ממון והוא טוען שמא לא מהני ליה חזקתיה. וא"כ היאך כתב הרב תה"ד בנ"ד דשמעון הוא מוחזק דייני' ליה דינא דטלה הא כיון דהוא שמא לא מהני בחזקה זו לבדו אם לא דאיכא חזקה אחרת, דאטו ראובן שהוא תפוס בממון שמעון היוכל עבור שהוא תפוס לבוא עליה דשמעון בטענת שמא ונאמר ביה המע"ה? הא ודאי דלא. זהו תורף תמיהת הרב יע"ש במלות שונות .

ובעניותי גברא רבא חזינא תיובתא לא חזינא, דלא ידענא מה בין נדון התה"ד למ"ש התוספ' בדיבור הנז', דבמוכר אף אי טעין שמא מהני משום דאית ליה תרי חזקות חזקת הממון שהוא בידו וגם חזקת שהיא מעוברת כאשר יר' הרואה, ה"נ בנדון התה"ד דכותא דהלא מלבד חזקת הממון שבידו עוד לו חזקת העשרים זהו' שהיו לו משלו ככתוב בשאלה א"כ הרי פתיך בהדיה חזקה האחרת דעשרים זהו' שהיו לו בתחלה בעת אשר הפקד הפקדון אתו הרי זה דומה למוכר דמהני משום דאיכא תרי חזקות ממש והלכך דן הרב דמדמי' ליה לטלה והדין עמו. סוף דבר איני רואה שום הבדל ביניהם, והרב הנז' אגב שיטפיה להשיגו לא עיין בה היטב אשר עין רואה דאין מקום להשגותיו ולדק דין התה"ד וחזר לתוקפו ולאיתנו ועוד לאלו'ה מילין בישובן של דברים בס"ד .

אבן הא קשיא על התה"ד, דהיאך כתב דבנ"ד שהוא מוחזק דייני' ליה דינא דטלה דהלא בהמדיר דף ע"ו בההיא דהמחליף פרה בחמור אסיקנא דכל הנולד ספק ברשותו עליו הראיה, ופסק הרי"ף והר"מ דעל בעל החמור להביא ראיה, וגם בההיא דמחט שנמלא בעובי ב"ה ולא הוגלד פי המכה על הטבח להביא ראיה כיון שנולד הספק ברשותו, וטעם לדבר הביא הר"ן ז"ל שם בשם הרז"ה משום טעמא דכאן נמלאו וכאן היו וכההיא דמומין וגם אי לא יהיב טבח דמי לריך הטבח להביא ראיה להפטר מדמי פרעון סך הבהמה משום דאמרינן כאן נמלאו וכאן היו כאשר יראה הרואה שם באורך, אמור מעתה דבנדון הרב תה"ד שנולד הספק ברשותו שנגנבו המעות א"כ היה לנו לדון דעל שמעון להביא ראיה הואיל ונולד הספק ברשותו .

ואחר ההשקפה לטובה נ"ל דאין לו דמיון להאי כלל, דא"כ גם בטלה אמאי אמרי' דהממע"ה הלא כיון שנולד הספק ברשות הבעה"ב הי"ל דעל בעה"ב להביא ראיה וחזקתו לא תועיל לו, אלא ודאי דלא דמי דבשלמא

או בנחפנין אמרינן בירושלמי דהוא לפי חשבון כמו כן הי"ל לדון בכ"ד שהוא מן הנבללין שיהא ההפסד לפי חשבון ולא למחצה. וגם בטבעות ומרגליות הואיל ודקין הן ונבללין או נחפנין יש לדון דההפסד לפי חשבון ולא הי"ל לדמותו לההיא דטלה זהו תורף תמיהתו על הרב תה"ד ז"ל יע"ש בארוכה. וגם בסי' ע"ד תמה על התה"ד ז"ל תמיהות הללו יע"ש באורך וברוחב.

ואחר המחילה רבה מהוד תורתו במ"ש דמ"ש התה"ד בסוף דבריו ודן מסברת הלב, דהואיל ולא קפדי ושם טיבעא חד הוא לא דמי לטלה אלא ההפסד למחצה, לא לדק בזה דגם כונת התה"ד בזה היא לומר דמאחר דלא קפדי, ההפסד לפי חשבון וכן הבין מורם בהגהה בח"מ סי' רל"ב ס' י' יע"ש. גם הרב פמ"א ח"א סי' מ"ו הבין כן בכונת התה"ד יע"ש. וכיון שכן נמלא שדין שדן מסברת הלב דהוי לפי השבון מלבד שאין שום תימא עליו אלא אדרבא יש סעד לתומכו מהירושלמי הנז' דבנבללין ההפסד לפי חשבון. ולא ידעתי מי הגיד לו שכונה התה"ד היא שההפסד למחצה ובלא בדקדוק השינו בזה והוא ברור, אכן מה שתמה עליו מההיא דטבעות ומרגליות שדימהו לההיא דהמפקיד טלה הא ודאי מודינא ליה שהוא נגד הירושלמי, וגם מה שתמה על רילב"א ודאי דהוי תמיהה ולריכין אנו למודעי ליישב דברי התה"ד ורילב"א זלה"ה.

ולפירוקא דהדין מלתא נ"ל דהרואה יר' דהירושלמי הנז' אסוגיא דהבית והעליה קאי דאקשי עלה ולחזי ברשותא דמאן קיימי ואמאי יחלוקו ומוקי לה הש"ס דקיימי ברשות הרבים אי נמי שותפין בההיא מלתא לא קפדי, דמורה מהש"ס בזה דטעמא דחולקין באבנים מיירי כשאין שום א' מהן מוחזק ובאוקמתות הש"ס יע"ש, ועלה קאמרי בירושלמי דה"ה בשותפין שהטילו לכיס זה ק' וזה מאתים דחולקים לפי דמים דמיירי בשותפין דלא שייך בהו דין מוחזק, ופריך עלה מהא דאבנים דמתני' דתנן חולקין ומחלק בין אבנים למעות כנז"ל, מוכח מזה שכל דברי הירושלמי היינו דוקא בשאין א' מהם מוחזק ובודאי דבההיא קושטא הוי הכי דבמעות כיון שדקין הן ונבללין חולקין לפי דמים ושפיר. מיהו בנדון הרב תה"ד דשמעון מוחזק בפקדון שהופקד אללו א"כ שפיר דן דבטבעת ומרגליות בכה"ג שהנפקד מוחזק בהם דשפיר מדמי' ליה לההיא דהמפקיד טלה דהואיל דהוא מוחזק מלי למימר שלך מת מטעם דהממע"ה ה"נ בטבעות ומרגליות כשהוא מוחזק דקפדי ליטול כל א' את שלו דדיינ' ליה דין טלה. אבל לעולם כל שאינו מוחזק שום חד מינייהו כההיא דהירו' יורה יורה ידין ידין דהואיל ונבללין הם חולקין לפי חשבון. ובזה נסתלקה תמיהתו מעליו. וגם מה שתמה על רילב"א במאי דכתיבנא ניחא דהרי גם בנדון רילב"א הכיסים היו בבית הנפקד והנפקד היה מוחזק בהם הלכך כתב דדמי להמפקיד טלה דהממע"ה. ובזה ניחא נמי מה שתמה הרב עדות ביעקב על הירושלמי הנז' מההיא דמפקיד טלה ,ואמאי בירושלמי אמרו דההפסד לפי דמים ובטלה אמרינן הממע"ה. ולפום מאי דכתי' אין מזה תמיהה כלל דלא ראי זה כראי זה דהירושל' איירי כשאין א' מהם מוחזק, וההיא דטלה שאני שבעה"ב שהוא הנפקד מוחזק והלכך אמרינן הממע"ה וק"ל.

ובהכי ניחא לי דגם לדידי הוה ק"ל דוגמת מה שהקשה הרב על התה"ד דכתב הטח"מ סי' קע"ו בההיא דשותפין שהטילו לכיס זה ק' וזה ק"ק וכו' וכתב שם בס' יו"ד וז"ל וכתב עוד הרמ"ה ז"ל מסתברא היכא שהטילו לכיס ונגנבו הו אבדו כיון דלא אשתני גופא דממונא חולקין לפי המעות ע"כ יע"ש, וכתב הב"ח עלה דמיירי בנגנבו קלת מהם יע"ש, ופסקי מרן בשלחנו הטהור יע"ש גם הר"ן בפ"ק דגיטין בההיא דהאומר תנו מנה לפ' וכו' דאסיקנא דלמנה קבור לא חיישינן כתב כן הר"ן והביא ראיה מהתוספתא דקתני בהדיא השותפין שהטילו לכיס וכו' ונגנבו מהם או נאבדו דחולקין לפי חשבון יע"ש. ומאחר דזו הלכה רווחת הן מדברי הטור והר"ן והתוס' א"כ יקשה על התרומת הדשן ורילב"א דאמאי הטלה דבאבנים ומרגליות דדייני' ליה כדין טלה דהממע"ה, וגם לדינו של רילב"א יקשה כמובן. אמנם במה שחילקתי לעיל בין מוחזק לשאינו מוחזק כמ"ל הנך רואה דאין מקום לתמיהתי ואזדא לה כלל וק"ל.

ודרך אגב ראה ראיתי לעמוד על דברי הרמ"א הנז"ל, הן קדם במה שתמה הס"ך סי' הנ"ל ס"ק י"ד עמ"ש מרן בשולחנו ויש מי שאו' שאם נגנבו וכו' כתב הס"ך ז"ל תימא למה כתב זה בלשון יש מי שאו' והלא תוספתא שלימה היא וכו', וכן ק' על הרמ"א שהביא הטור שכתב ומסתברא וכו' ותוספתא ערוכה היא עכ"ל והניחו בתימא יע"ש.

ואני בעניי הכינותי אל לבי לברר וללבן דברי הרמ"א על בורין. דע כי הר"מ בפ"ו מה' שותפין כתב וז"ל ראובן שהטיל לכיס ת' זהו' ושמעון הטיל ר' ונשתתפו ונשאו ונתנו ביחד והממון כולו ביד ראובן וטען ראובן שחסר הקרן ת"ק זהו' אין אומרים ישבע ראובן שבועת השותפין וישלם שמעון חמשים אלא ישבע ראובן וכו' יע"ש. והראב"ד ז"ל השיגו מ"ש ישלם שמעון חמשים הולך על הדרך שאמר הוא למעלה וכו' יע"ש, וכתב מרן הכ"מ בביאור דברי הראב"ד ז"ל מ"ש שישלם וכו' כלומר כפ"ד הטילו לכיס זה מנה וזה ר' השכר או הפחת לאמלע והראב"ד חולק עליו לענין ההפסד שהוא סובר שכל א' מפסיד לפי מעותיו וכו' יע"ש, והטח"מ סי' ל"ג סעי' ד' הביא דברי הר"מ והראב"ד הנז' ומרן הב"י שם ביארם יע"ש, והב"ח שם סי' ל"ג כתב לבאר דברי הראב"ד וכתב שדברי הראב"ד הוא שסובר כדעת הרמ"א בסי' קע"ו שהביאו הטור בסעי' ח' שכתב וכתב הרמ"א הכי מילי בגוף הממון וכו' יע"ש, הרי דאזיל לשיטת הראב"ד דאין לו לשלם חמשים מביתו ונמלא דהראב"ד והרמ"א חלוקים על הר"מ וס"ל דאין לו לשלם מביתו. גם המבי"ט בח"א סי' ר"ב נר' ג"כ דס"ל דהרמ"א חלוק על הר"מ יע"ש, ולפ"ז קשים דברי הרמ"א אהדדי, דממ"ש הטור בשמו סי' קע"ו ס' ח' נר' דחולק עם הר"מ וס"ל דאין לו לשלם מביתו, ואלו ממ"ש הטור בשמו סי' קע"ו סעי' יו"ד ז"ל וכתב עוד הרמ"א מסתברא היכא שהטילו לכיס ונגנבו או אבדו כיון דלא אישתני גופא דממונא חולקים לפי המעות משמע דוקא בדלא אישתני גופא הוא דחולקים לפי המעות, הא אי הוה אישתני גופא דממונא ההפסד הוא לאמלע ומשמע דאז חייב לשלם מביתו. וא"כ זה סותר לדבריו הראשונים סעי' ח' שחלק על הר"מ. ובעמדי בזה ראיתי בשו"ת דרכי נועם בח"מ סי' כ"ח עמד על דברי הרמ"א בזה שדבריו סתרי אהדדי ומכח תמיהה זו העלה שדברי רמ"א האחרונים לא מיירי בנשתתפו סתם אלא כונתו לומר שהתנו סתם שבין בריוח או בהפסד יהיה לאמלע ולכך אינו מועיל סתם תנאי זה אלא לגוף הממון דאשתני לה למעות דלא אישתנו אבל אם התנו בפי' שאפי' יגנבו וכו' אז אפי' לא אישתני ממונא משתעבד בתנאי הוה לשלם מביתו. אלו דבריו ז"ל יע"ש.

אמנם הב"ח שם עמ"ש הרמ"א מסתברא היכא שהטילו וכו' כתב וז"ל פי' דוקא היכא דלא נגנבו או אבדו אלא מקלתו התם הוא דחולקים לפי מעות כיון דלא אישתני גופא דממונא דאי הוה אישתני ההפסד הוה לאמלע כיון דלא נפסד הכל, אבל בנפסד הכל אינו חייב לשלם מביתו כדכתב הרמ"א גופיה לעיל בסעי' ח' עכ"ל. וכונתו ברורה בזה כי היכי דלא תיקשי דברי הרמ"א

ניחא ההיא דבית בביתי וההיא. דדקלא שלא כתב הר"מ שבמקום פ' כיון דלאו ממש מיירי בהכי אלא בשלא שיים היא ולדמיון בעלמא נקט כן כאמור. ומ"ש מרן ולפי שאין אלו מקומות וכו' כונתו לומר דהו"ל לש"ס בכל דוכתא לומר טעם קייתו מאיזה טעם הוא אי משום מלוה אי משום בעה"ש וכו' אלא לפי שאין אלו מקומות לא חש לבאר, ומפי הא' הש' כה"ר יונה נבון הלין בעד מרן שכונתו לו' שכמו שהש"ס לא ביאר מטעם שאין אלו מקומות וכו' מטעם זה גם הר"מ לא ביאר כיון שאינו מקומות הדין ולעולם דבכולהו מיירי הר"מ במסיים כמ"ש מרן אלא דהר"מ לא חש לבאר זה מהטעם עצמו שלא ביארו בש"ס כן ישב ה"ר יונה נבון יל"ו.

ואחרי הודיע אלקי"ם לנו את כל זאת דההיא דבית בביתי מיירי בשיים בית בביתי שבמקום פ' כמ"ש מרן בכ"מ כנז' א"כ לדעתו ז"ל גם בשור משורי יש לנו לומר כמו כן דמיירי באומר שור משורי שבמקום פ' וכו' מעתה, נסתלקה תמיהתנו שתמהנו לעיל לדעת הרשב"א ורבינו האי ור"ח והגאוים דס"ל דהדמים ראיה אמאי משור משורי לא אמרי' דלהוו הדמים ראיה די"ל דלעולם בדלא יהיב דמי היא וטעמא דקני היינו משום דשיים מקום ואמר שבמקו' פ' וכן בבית מביתי מטעם זה הוא וכמ"ש מרן בכ"מ.

ומעתה הדרין ליישב דעת הרא"ש ז"ל בפ' התקבל למה שתמה מורינו הרב דמאי שנא בין מקנה עשר חביות מחביותיו לההיא דבית מביתי, די"ל דשאני ההיא דבית מביתי שהרי שיים לו מקום, ואמר שבמקום פ' והלכך הו"ל כמבורר ואמטו להכי מראשו מת, משא"כ במקנה לו עשר חביות דאיברא שאמר מנין מ"מ לא שיים לו החביות ולא א"ל שבמקום פ' ולכן אין ברירה והו"ל כשותף. ואל יקשה עליך דא"כ היאך קנה בא' ותקנה לו עשר חביות הלא כיון שלא שיים דעת הר"מ הוא דלא קנה בין במכר בין במתנה, הא לא קשיא דהלא הרא"ש לא דמי שיום וכמ"ש בטח"מ סי' רמ"ה שחלק אדינו של הר"מ וס"ל דלגמרי קנה כאשר יראה הרואה בדברי הטור ז"ל יע"ש, אבל מ"מ הגם דלענין קנה אפי' בלא שיום, מ"מ לענין שיהיה ההפסד כולו עליו בעי' שיים ולכן יש לחלק בין מקנה עשר חביות לההיא דבית מביתי כדבר האמור כנלע"ד ודוק.

ובבאניף ידי למאי דקמן לדון בב"ד דהן אמת דזו לא מצאנו אבל כיוצא בה מצאנו להרב תה"ד במה שנשאל בסי' שי"ד על ראובן שהפקידו בידו שמעון ולוי זה עשרה זהו' וזהו ו' זהו' ולראובן היו לו עשרים זהו' והניחם הכל תוך שק א' ונאבדו מהם ד' זהובים ולא נודע ממי הם איך יתנהגו בהפסד ועל זה השיב הרב ז"ל באורך ולבסוף עלתה הסכמתו דמאחר דהרא"ש חלק על רילב"א בההיא דגניבה ודחה ראיותיו דלא דמי לההיא דהמפקיד טלה שהיה מבורר, משא"כ גבי חמרא דלא הוברר חלקו ולכן לא שייך לומר שלך החמילו משום דשם כולם על כל חבית וקבית ה"ג בנ"ד שם טיבעא חד הוא ולא שייך לומר בהם שלך נפסד דאע"ג דהיה לכל א' מבוררים הזהובים שלו מ"מ לאחר שעירבו מדעתו שם טיבעא חד הוא ואם לא היה נפסד כלום מהם ודאי היו נוטלין בלא קפידה מן הכים וכו' בההיא אמרינן ההפסד לפי חשבון אבל גבי טלה דיש קפידא בין טלה לחבירו וכל א' מקפיד שיבא לידו את שלו יאמר לו שלך נפסד או כל דפרים עכ"ל יע"ש. ומזה יצא לידון הרב פרח מ"א בח"א סי' מ"ו במה שנשאל בענין האסטים שנגנב אחד מהם שכל א' מקפיד שיבא האיסטים שלו בידו הו"ל כדינו של טלה דאמרינן דהואיל וקפדי או' לו שלך נפסד, ה"נ בנ"ד דכותה הואיל וקפדי מצי למימר המוחזק שלך נפסד אלו הם תורף דבריו יע"ש.

ומעתה הריני יוצא לדון בנ"ד שהיו לכל א' מהם מבוררים הדינרים בתחלה וגם כשהפקיד ראובן אצל שמעון היה איש לרור כספו בפני עצמו זה מורה שכל א' מקפיד שיבא לידו את שלו א"כ הו"ל כטלה דמצי למימר שלך מת ה"נ בנ"ד שמניהם נקבום העכברים ושוב נמצאו אלו הארבעה דינרים מצי שמעון המוחזק נומר לראובן שלך נאבדו ואלו הד' דינרים הנמצאים שלי הם דהמע"ה.

אך זה חזיתי ותספרה בשו"ה עדות ביעקב סי' קל"ח עמד על דברי הרב תה"ד וחלק עליו וסתר את דבריו הראשונים והאחרונים מכח הירושלמי וכדבעי' מימר קמן בס"ד. והלא זה כי הרמב"ן בחידושיו ריש פ' הבית והעליה והנמק"י שם הביא הירוש' דגרסי' התם תני וכן ב' שהטילו לכים זה מנה וזה מאתים ונגנבו כך הם חולקים לפי דמים ופריך והא תני באלין אבנין נגנבו מחלה לזה ומחלה לזה ופריך אמר' שמלאי אבנים גסות הן וכשהוא נוטלן נוטלן א' א' דלכך לפי שהם' בכל או"א מהן כשנגנבו אם מן המרובות או מן המועטות חולקין בשוה אבל סלעים דקים הם והלוקח אותם ליקח הרבה סלעים כא' ומסתמא יש מן המרובין ומן המועטין שלכך תלינן רובא במרובין ומיעוטא במועטין והבי שכיח טפי שהרי נכללין הם אלמא כל שהספק שוה כגון באבנים שנוטל א' א' אעפ"י שחלקו של א' מהם מרובה משל חבירו חולקין בשוה, וא"ת והא תנן בפ"ב דמעשר ב' מעות חולין ומעות מעשר שני שנתפזרו מה שלקט לקט למעשר ב' עד שישלים ואם בלל וחפן לפי חשבון קתני מיהא הנלקטין למעשר ב' ואמאי הול"ל חולקים. כדאמרינן באלין אבנין דהיא דכותה י"ל דהתם משום חומרא דמ"ש היא והכי אתמר עלה בהדיא בירושלמי ואמרינן נמי התם ר' יוסי בר' בון בשם ר' הונא סלקת מתני' הנכללין לפי חשבון פי' דכי קתני מתני' ואם בלל וחפן לפי חשבון לאו דבעי' להו לתרויהו אלא בחדא מינהו בלחוד סגי שאם בלל תחלה אעפ"י שלא חפן אלא נטל א' א' הולכין אחר הרוב לפי חשבון וכן נמי אם לא בלל תחלה אלא שחפן בשעת נטילה ודקתני רישא לקט למעשר ב' ולא אמרינן לפי חשבון משום שמתחלה לא היו מעורבין ובשעת נטילה לא חפן ליקח הרבה בבית א' ולפיכך תולין כלפי מ"ש ומשום חומרא אבל בב' שהטילו לכים כיון שהן מעורבין חולקין לפי חשבון ובאלין אבנים שנגנבו חולקין בשוה לפי שגסות הם ובשעת נטילה איכא נחפנות וגם לא נתערבו מתחלה כלל ושמעינן מהכא דהא דאמרינן ממון המוטל בספק חולקין אפי' היכא שיש לא' יותר ממה שיש לחבירו עכ"ל הנמק"י שם והרמב"ן בחי' שם. ומן הירושלמי הזה תמה הרב הנז' על תשו' רילב"א שנשאל על אדות איש אחד שהיו כמה כיסים בתיבתו ומשלו ומשל אחרים ולקחה בתו דינר א' מהם ואינו יודע מאיזה מהם לקחה, והשיב כך נר' בעיני כיון שלקחה מן הקבוע כמחלה על מחלה דמי וכו' וכיון שהוא פלגא ופלגא דמי לא' שהפקיד טלה דאמרי' הממע"ה ע"כ, ותמה על זה דכיון שהדינרים שלקחה כל א' וא' היו מונחים בכיסים של כל א' וא' והיא לקחה זהוב א' אשר בם' שוה בכל א' וא' מהכיסים כשלקחה אם מכים שהיו בו דינרים מרובין או מהכים שהיו בו מועטין הדין נותן שיהיו חולקין בשוה כמ"ש בירוש' דבאבנים שניטלין א' א' אעפ"י שחלקו של א' מרובה משל חבירו חולקין בשוה דכותה יש לדון בדין הכיסים זה תורף תמיהתו יע"ש, עוד תמה על כל דברי התה"ד במה שהעלה בסוף דבריו דבמטבעות ומרגליות דייני' בהו כדין המפקיד טלה דהממע"ה, וגם במ"ש מסברת הלב דבנ"ד דשם טיבעא חד הוא וכיון דלא קפדי אינשי בהו אם כן שם כולם על כל זהוב וזהוב וההפסד למחלה וכו' דלא לדק בכל זה דמאחר דבנכללין

וראיתי למוהר"י לבית הלוי סי' ג"ב שתירץ וז"ל והנה מה שיראה לע"ד לתרץ להר"מ ז"ל הוא דז"ל בתר טעמא דאמרינן דהאו' בית מביתי אני מוכר לך דמראהו עליה דגריעא משום דכיון דיד בעה"ש עהת"ח הוי כאלו סיים לו בפי' הגרוע דמסתמא הגרוע הקנה לו וא"כ גבי מתנה דקי"ל כל הנותן בעין יפה הוא נותן בהא ליכא למימר דהגרוע הקנה לו דדוקא במכר קים לן דמסתמא הגרוע הקנה לו והוי כאלו סיימו בהדיא אותו הגרוע אמנם במתנה דאית לספוקי אם הקנה לו הגרוע או דילמא הטוב הקנה לו דכל הנותן בעין יפה הוא נותן להכי לא קנה כלל דלא ידעינן מה סיים לו, והאיך דשני דייני גזרות ל"ק דהתם בש"מ איירי דאע"ג דמטעם קנייה וזכייה לא זכה מ"מ מטעם מצוה לקיים דברי המת קנה, ומאי דקשיא לן ממאי דכתב הר"מ או שכתב כל נכסי קנוים וכו' דמשמע דמיירי אף במכר שאני התם דהתם לא הקנה לו קצת נכסיו עד שנאמר שהיותר גרוע ודאי הקנה לו. דכיון שהקנה לו כל נכסיו חוץ ממקצתן אית לספוקי מה הקנה לו וא"כ לא דמי כלל לבית מביתי או שור משורי דהתם מודה רבינו דקנה הגרוע וכו' דהו"ל כאלו סיים הגרוע ע"כ אלו דבריו יע"ש, ולדרכו ז"ל נ"ל דמ"ש הר"מ ברים דבריו כשם שהמוכר צריך לסיים הממכר כך הניתן, לאו לגמרי קאמר דבמוכר צריך לסיים שהרי בבית מביתי אין צריך לסיים ואפ"ה קנה מטעם דהו"ל כמסויים אלא כלפי מ"ש או שכתב כל נכסי וכו' דלא קנה אף שהוא במכר מטעם דאינו מסויים ולזה הוא שאמר דהמוכר צריך לסיים כנ"ל לדעתו ז"ל, ועפ"י דרכו של מוהר"י הלוי ניחא לי מה שתמה הלח"מ מההיא דשדות אני מוכר לך דההיא נמי מטעם יד בעה"ש על התח' דהו"ל כאלו סיים בפי' היותר מועט שבשדות וכטעמא דבית מביתי, וראיה לזה דהא דין זה דשדות אני מוכר לך הוא מההיא דפ' המוכר את הבית ההוא דא"ל לחבריה ארעא דבי חייא וכו' ואי א"ל ארעתא מיעוט ארעא ב', וכתב הנמק"י עלה בשם הריטב"א דטעמא הוי משום דיד בעה"ש עהת"ח ויהיב ליה גרועה שבכולן דהו"ל כאו' בית בביתי ושור בשורי דמראהו מת מראהו נפול יע"ש באורך. והואיל דאהדר לן דמטעם יד בעה"ש עהת"ח אתינא עלה כמ' אזדא לה תמיהת הלח"מ שתמה מההיא דשדות אני מוכר לך דהו"ל כסיים השדות יותר מועטים כדבר האמור ודוק.

ברם בתירוץ מוהר"י הלוי הנז"ל אחר המחילה רבה לא שמיע לי דהלא עיקר תירוצו הוא דה"ט דכל שלא סיים במתנה לא קנה משום דכל הנותן בעין יפה הוא נותן ומספקא לן אם נתכון לתת בעין יפה והוא המעולה, או שמא לא נתכון ליתן אלא הגרוע הילכך הואיל ומספקא לן ולא סיים לכך לא קנה זהו תורף דבריו כמז"ל.

ואני שמעתי ולא אבין דהא בשלהי מנחות תנן דהאו' אחד משורי הקדש היו לו שנים הגדול שבהם הקדש, ג' הבינוני שבהם הקדש, ופרכינן עלה רישא טעמא מאי משום דכל המקדיש בעין יפה הוא מקדיש אימא סיפא הבינוני שבהם הקדש אלמא כל המקדיש בעין רעה הוא מקדיש, ואסיקנא דחוששין לבינוני קאמר משום ספק דלגבי קטן עין יפה מיקרי יע"ש, הרי לך דבאו' אחד משורי לא סיים איזה שור הוא ואפ"ה אמרינן דהגדול הקדש מטעם דכל המקדיש בעין יפה הוא מקדיש וחיישינן לבינוני מספק וזו הלכה רווחת פסקה הר"מ פי"ו ממעה"ק יע"ש. אמור מעתה גם בנותן ואמר קרקע מנכסי אמאי אמרינן דלא קנה כלל אי משום דמספקא לן אי לעין יפה נתכון או עין רעה מ"מ מאחר דקי"ל דכל הנותן בעין יפה הוא נותן וזה מוסכם מכמה דוכתי בתלמוד, הי"ל לומר דהגדול והמעולה שבקרקעותיו לפחות קנה, ובשלמא לבינוניים ניחא דהואיל ואיכא לספוקי לא ליקני, אבל המעולה והגדול שבהם אמאי לא קנה, ומאי פסקא מה בין זה לההיא דהאו' אחד משורי דהגדול הקדש כיון דבתרויהו מטעם עין יפה אתינא עליה וההיא נמי לא סיים, וכ"ת שאני התם משום חומרא דהקדש א"כ הו"ל לש"ס לבאר דטעמא הוי משום עין יפה ומשום חומר הקדש, ועוד כי פריך ליה מההיא דהאומר בית בביתי אני מוכר לך מראהו נפול וכו'. הו"ל לשנויי דשאני הקדש דחמיר, ואם נאמר דמאי דמשני הש"ס שאני לוקח משום דיד בעה"ש עהת"ח היא גופא קאמר כלומר והקדש שאני משום דחמיר ניחא בלוקח אבל בנותן דבעין יפה הרי שוה להקדש הוא ואמאי לא קנה כלל.

ותו קשיא לי לדרכו ז"ל דניחא באו' בית בביתי אני מוכר לך משום השייך לומר יד בעה"ש עהת"ח הו"ל כסיים אבל באומר שור משורי אני מוכר לך דלא שייך שטר דעקר קנינו אינו אלא במשיכה, א"כ אמאי מראהו מת הלא בעת שמשך השור הכיר וידע בו מה טיבו אם גדול היה אם קטן אם שמן או כחוש ואמאי מראהו מת, וכי מת עיניו מראות? ולקושיא זו י"ל דגבי שור מיירי דיהיב ליה דמי אתורא ועדין לא משך ולראיה בידו כתב לו שור בשורי וה"נ דכל עוד דלא משך ולא סיים לו הי"ל לומר דלא קנה, אך מאחר דקי"ל דכל המוכר בעין רעה הוא מוכר הו"ל כאלו סיים הגרוע והלכך מראהו מת כנ"ל לדרך הרב ז"ל ורואה אנכי כי דרך מוהר"י הלוי הנז' הוא קרוב למ"ש הראב"ד שם בהשגתו על הר"מ יע"ש.

אך מרן בכ"מ שם בה' זכייה נטה לו לדרך אחרת להלץ על כל התמיהות הנופלות על הר"מ מהסוגיות וכולהו בחדא מחתא מחתינהו דההיא דבית בביתי מיירי כשהי"ל בית חלוק לשנים א' גדול וא' קטן וא"ל בית בביתי שבמקום פ' אני מוכר לך דהו"ל כסיים לו שדה גם בההיא דדקלא מיירי בהכי כאו' דקל מדקלי שבמקום פ' וגם ההיא דגט פשוט כמו כן יע"ש.

וראיתי להלח"מ שם דחה מה שרצה לתרץ בההיא דדקלא כלאחר יד שהרי הר"מ בפ"י מהלכות נחלות לא הזכיר שבמקום פ'. וגם מוהר"י הלוי בסי' הנז"ל הוקשה לו כן על תירוץ מרן מההיא דס' גזלות יע"ש. ועוד אני מוסיף שהרי בה' מכירה גבי בית מביתי לא הזכיר הר"מ שבמקום פ' ואם כדברי מרן הי"ל לומר כן בהדיא, ואני תמה על הלח"מ ומוהר"י הלוי איך לא תמהו עליו מההיא דבית בביתי, ובאמת כי הן תמיהות גדולות על מרן בכ"מ ז"ל.

ומטוצם התמיהה נ"ל ליישב דברי מרן והוא בדקדוק קל שכתב דההיא דפ' ב' דייני גזרות איכא לאוקמיה כדאמרי' וכו' וההיא דג"פ כשהיה וכו' וכן ההיא דבית בביתי כשהיה לו בית חלוק וכו' דיש לדקדק באות כ"ף דנקט בכולהו למה לי מי סני ליה דנימא בכולהו דאמר ובההיא דג"פ שהיה ובההיא דבית בביתי שהיה וכו' ואמאי נקט אות כ"ף המורה על כ"ף הדמיון כי ע"כ נ"ל שלעולם ס"ל דההיא דדקלא לברת בשלא סיים היא וטעמא דקני הוא משום דמצוה לקיים דברי המת. וההיא דג"פ נמי מטעם מצוה לקיים דברי המת היא או מטעם דיד בעה"ש על התח' או כמו שישב בס' משנה למלך בה' זכייה ההיא דג"פ. וגם ההיא דבית בביתי משום יד בעה"ש על התח' היא וכמ"ש מוהר"י הלוי וזוהי כונת מרן בעלמו דההיא דדקלא מאחר דמצוה מחמת מיתה היא הו"ל כאו' דקלא משדה פ' דמהני משום דסיים, ה"נ ההיא דדקלא הואיל ומצוה מחמת מיתה הוא הילכך קנה דלכן נקט כ"ף הדמיון להורות דדמי לאו' וכו' ולעולם דההיא לאו באומר היא. וגם שאר הכפי"ן שהגיה בההיא דג"פ ובההיא דבית בביתי היינו לומר דדמי למי שהיה לו שדה ולמי שהיה לו בית אבל לעולם דאינהו גופייהו לאו מטעם זה קנה אלא כל א' לפי טעמו כנ"ל ליישב דברי מרן על צד הדוחק, ובהכי ניחא

כיצד הכותב לחבירו קרקע מנכסי קנויה לך וכו׳ הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו דבר ידוע לא קנה כלום וכו׳ יע״ש. והראב״ד השיגו מההיא דמנחות דהאומר בית מביתי אני מוכר לך וכו׳ מראהו מת הרי דאע״ג דלא סיים קנה במכר, וה״ה ז״ל הקשה עליו עוד מההיא דפ׳ שני דייני גזרות מעובדא דדקלא לברת, ומההיא דפ׳ ג״פ והניח הדבר בצ״ע, והלח״מ הוסיף עוד להקשות מההיא דפסק פכ״ה מה׳ מכירה דין י״ח האומר לחבירו שדות אני מוכר לך מיעוט שדות שנים הרי דלא סיים השדות ואפ״ה קנה.

ואנכי חזון הרביתי כמה דיות נשפכו להליץ בעד הר״מ, הן קדם חזה הוית להפרישה בסי׳ רמ״א כתב להליץ במה שתמהו עליו מההיא דמנחות דבית מביתי וכו׳ וז״ל מיהו בזה י״ל דהר״מ נקט בלשונו שם וכתב ז״ל בית מביתי וכו׳ כו׳ דשינה משום דבית מביתי הו״ל כאומר חלק משדה המיוחד לי ומ״ה ניחא דלא הקשה רבינו דברי הר״מ אהדדי, אבל לשון הש״ס דקאמר בית בביתי דמשמע מכל ביתי מיניה מקשה להר״מ עכ״ל, יע״ש באורך.

והוינא בה מענין לענין ממ״ש הר״מ פ״ז דמעילה אמר כים מכיסי ושור משוורי הקדש מועלין בכולן ומועלין במקצתם וכו׳ והרי התם לא סיים ואמאי הוא הקדש ואין סברא לומר דאומר דהקדש שאני, שהרי מצינו כמה ענינים שההקדש הוא כדין ההדיוט דכי היכי דאין אדם מקנה דבר שלבל״ע הכי נמי אין אדם מקדיש דשלבל״ע יע״ש בהר״מ ספ״ו דערכין ובפכ״א מה׳ מכירה מה שיש בו מן הקושי יע״ש. וכיון שכן גם בדבר שאינו מסויים הדעת נוטה שלא יועיל ההקדש, וא״כ למה פסק באומר כים מכיסי וכו׳ דהוי הקדש. אמנם עפ״י דברי הפרישה הנז׳ ניחא דהו״ל כאומר חלק וכו׳ כנז׳.

ודרך אגב ראיתי למרן ז״ל שם תפס עליו וז״ל תוספתא וכו׳ ול״ע שזה סותר מ״ש בפי״ו מה׳ מעה״ק באומר שור משוורי ע״כ וראיתי בספר ברכת הזבח בשיטתו למנחות בההיא דשלהי מס׳ מנחות דף ק״ח ע״ב דאמר רב נחמן ל״ש אלא דאמר א׳ משוורי הקדש וכו׳ כתב ז״ל כו׳ דה״ה שור משוורי ודוקא כי אמר שור שבשוורי או הגדול הקדש וכן כו׳ דעת הר״מ ודלא כמ״ש בכ״מ פ״ז מה׳ מעילה דין ז׳ ע״ש ודוק ע״כ. וכוונתו רצויה שדימה שכונת תמיהת מרן היא מההיא דכתב רבינו בה׳ מעה״ק שור שבשוורי הקדש, הגדול שבהם הקדש, וכאן כתב שכולם הקדש, ולזה תירץ דשור משוורי הו״ל כאומר א׳ משוורי ודוקא שור שבשוורי הוא דאמרינן הגדול שבהן הקדש וזהו הגר׳ בכונתו. וזה בעצמו ראיתי לכמוהר״א גאליפאפה בס׳ ידי אליהו הבין כן בכונת תמיהת מרן כמ״ש הברכת הזבח ותירץ דיש חילוק בין אומר שור משורי לאומר שור שבשורי שדוקא באומר שור שבשורי בבי״ת הגדול שבהן הקדש אבל באומר שור משורי במ״ם הרי הוא כאומר א׳ משורי והאריך בדבר וכתב שלכן הוצרכו בשלהי מנחות לטעמא דיד בעה״ש על התחתונה דאפי׳ אמר בית בביתי שמורה וכן בעבד מעבדי אפ״ה נותן לו הגרוע ומראהו מת מראהו נפול מטעם יד בעה״ש עהת״ח וכתב וז״ל כי ע״כ בפכ״א מה׳ מכירה שכתב בית מביתי ושור משוורי וכו׳ צ״ל הגירסא שם בבי״ת בית בביתי ושור בשורי כמו שכן הגירסא בסוף מנחות בבי״ת שאם הגירסא היא במ״ם וכו׳ מה צורך לטעמא דיד בעה״ש על התחתונה וכו׳ עד ותמהני על מרן שהרי הר״י בעל הטורים כתב כן בפי׳ בסי׳ רי״ד וז״ל ואם א״ל בבית בביתי אני מוכר לך אינו יכול ליתן לו עליה דהאי לישנא משמע מעולה שבבתים ועליה גרועה מבית משום עליה וירידה ומיהו נותן הפחות שבבתיו ע״כ וכו׳ יע״ש, ואני בעניי איני מוצא מקום לתמיהתו יען דהרואה יראה שדברי הטור הם כדעת הרא״ש אביו שכתב כן בפ׳ הנודר מכח הסוגיא דנדרים שתפסה עיקר דקאמר אפי׳ תימא רבנן מאי עליה מעולה שבבתים והך סוגיא פליגא עם ההיא דמנחות והרא״ש עשאה עיקר והר״ן עשה עיקר מההיא דמנחות כאשר הביא דבריהם מרן בב״י שם, וא״כ איך נתמה על מרן מדברי הטור שהביא סברת הרא״ש, ולא עוד אלא במה שהשוה דברי רש״י והרא״ש והר״ן גם יחד ולא זכר שחלוקים הם אם כמ״ש שצריך לגרוס בדברי הר״מ ד״ה מכירה בבי״ת בית בביתי זה הפך דברי הפרישה הנז״ל שכתב דבדקדוק כתב בית בביתי דהו״ל כאו׳ חלק משדה המיוחד לי, אך אני רואה שדרכו הוא ממש מ״ש הרב ברכת הזבח הנז״ל וכונתו ברורה שיש הפרש בין אומר בית מביתי או שור משוורי במ״ם לאומר שור בשורי בבי״ת דאז הגדול שבהן הקדש אלא שדבריו באו דרך ארוכה ודברי הברכת הזבח באו דרך קצרה במעט מחזיק את המרובה כמנהגו בכל מקום ואין ספק ששניהם נתנבאו בסגנון אחד, וראה ראיתי בס׳ פרי חדש לא״ח הנדפס מחדש בחיבורו על הר״מ הנק׳ מים חיים בה׳ מעילה הביא דברי הרב ברכת הזבח הנז׳ והוא ז״ל הבין בכונתו דהכל תלוי באומר שור שבשורי בשי״ן דאז דוקא הגדול שבהן הקדש, ולפ״ז הק׳ עליו הרב ז״ל וז״ל אלא דק״ל דא״כ מאי פרכינן בש״ס מבית בביתי וכו׳ שאני התם דלא קאמר שבביתי אלא משמע דלא שאני לן, ולפי מאי דכתי׳ בין או׳ במ״ם לאו׳ בבי״ת שזוהי כונת הברכת הזבח לפ״ז פריך שפיר כאשר פי׳ בס׳ ידי אליהו כנז׳ בזה נ״ל שנסתלקה מעליו תמיהת הרב פ״ח כנלפ״ד ודוק, ובכל זאת ראיתי בפסקי הרב מורינו זרע אברהם חח״מ סי׳ א׳ דף נ״ה שדי נרגא בדברי הברכת הזבח. ולפניו שני דרכים בכונת דברי מרן בכ״מ דה׳ מעילה הנז׳ והיותר נאות הוא שקושית מרן היא דבה׳ מעילה כתב כיצד יעשה מביא את הגדול וכו׳ משמע דתכף ומיד יוכל לתקן ואילו בה׳ מהעה״ק כתב שימתין עד שיפול בו מום, ואולי אינה תמיהה כי הוא העתיק לשון התוספתא וסמך עמ״ש בה׳ מעה״ק ולעולם דבדיניה הוא ומה שלא פי׳ כן בהדיא היינו משום דקאמר כים מכיסי וכו׳ ושם לא שייך לומר ימתין עד שיומם אגב דערכינהו ותנינהו בתוספתא נקט הכי ולעולם דהא כדאי׳ והא כדאי׳.

אכן לפני שני דרכים בכונת דברי תמיהת מרן. הדרך הא׳ דשם בה׳ מעה״ק פסק דבאומר שור משורי אם היו שנים הגדול שבהם הקדש ואם היו ג׳ חוששין לבינוני וא״כ היאך פסק כאן סתם דמועלין בכולם הלא כשהם שנים הגדול דוקא הוא הקדש והי״ל לפרש דבריו כנ״ל.

א״נ נ״ל באופן אחר דכונת תמיהתו היא דהלא שם בה׳ מעה״ק פסק דבאומר א׳ משורי אם היו ג׳ חוששין לבינוני ומשמע דמשום חששא היא מספק. וא״כ היאך פסק כאן דמועלין במקצתם הא כיון דספיקא הוי איך מייתו קרבן מעילה ודילמא לא קדיש ואשתכח דמייתי חולין בעזרה. וכעין זה תמה הר״מ גופיה בפ״ד דה׳ מעילה דין ג׳ עמ״ש הר״מ ומועלין במקצתן יע״ש. ובשלמא במועלין בכולן ניחא דהא איכא גדול בהדייהו דודאי קדיש הלכך מייתי קרבן אבל אם באותו מקצת ליכא גדול ודאי דלא מייתי קרבן, אלא דקשה לזה דהי״ל לבאר ולא לסתום דבריו כנ״ל.

הדרן למאי דאתינא עלה לתמיהות שתמהו בדינו של הר״מ בה׳ זכייה המ״ל, הנה ראיתי לדרישה שעל תמיהה זו דההיא דמנחות הביא דברי המגדל עוז שכתב דבית מביתי הם כחלק א׳ משדה שלי. משא״כ בקרקע מנכסי שיש כמה מיני שדות וכרמים גנות ופרדסים וכו׳ שהכל נקרא נכסים וכו׳ הוי ודאי דבר שאינו מסוים ע״כ, וכ׳ ודבריו נכונים המה בעיני עכ״ל יע״ש, ולדידי לא מחוור ממ״ש הר״מ פכ״ד מה׳ מכירה דין י״ג האו׳ לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך וכו׳ הרי זה נקנה המקח יע״ש, הרי שאמר קרקע סתם שנכנס בו שדות וכרמים וכל הכך ואפ״ה קאמר דקנה ואמאי הא לא מסיים.

מוקי בהכי ס"מ דס"ל לר"ח דהדמים מודיעים מיהו לאו לגמרי אלא דוקא היכא דאיכא לעיולי במקח ההיא מלתא אבל במידי דליכא לעיולי במכר ההיא מלתא לא אמרינן דהדמים ראיה וכמ"ש הנמק"י לדעת ר"ח כנז"ל, וא"כ לדברי הלח"מ דס"ל בעד ר"ח דהדמים ראיה הדרא תמיהתין לדוכתא מההיא דארעתא. גם הרשב"א בחידושיו לבתרא פ' המוכר את הבית דף ס"ג אההיא דהאו' תנו חלק לפ' בכור וכו' הביא דברי רבי' חננאל שכתב קי"ל דהני שמעתתי דרבא והא מתניתא דסומכוס בהקנאת מתנה אבל במקח וממכר בענין הזה הדמים מודיעים ואנו עתידים לפרש הדמים מודיעים במקומו וכו' והביא דברי רבי' האיי שהוא סובר דההיא דסומכוס במתנה היא. אבל במכר לפי חשבון הדמים בדקדוק הוא נוטל אבל שמעתתי דרבא פירש במכר והוא ז"ל נתן טעם לדברי רבי' האיי יע"ש, ובסוף דבריו כתב וז"ל ודינו של ר"ח קרוב הוא לע"ד להיות הדמים ראיה בהנך שמעתתא כולהו אף לקיים המקח כמ"ש בתורא דרדיא וקרון ופרדות ויתברר לך מדברינו בפ' המוכר פירות בס"ד עכ"ל הרשב"א שם יע"ש באורך, ובפ' המוכר פירות אההיא דרדיא דפריך הש"ס בדף צ"ב ולחזי דמי היכי יהיב כתב הרשב"א ז"ל מקשו הכא רבנן והא קי"ל כדברי חכמים שאין הדמים מודיעים, ופריך לה רב יוסף הלוי ז"ל דכי אמרינן אין הדמים ראיה ה"מ לעיולי בכלל המכר מלתא אחריתי שאינה בכלל כגון צמד ובקר וכו' אבל במכר גופיה לאודועיה אי לרדיא זבין וכו' והוו הדמים ראיה וזה התירוץ הנכון בקו' זו שהרי בקרון ופרדות וצמד ובקר כשאדוקין בהם אז הוא דאמרינן דהדמים מודיעים. כמ"ש בפרקין דלעיל עכ"ל הרשב"א ז"ל יע"ש, ומתוך הדברים הללו יתבאר דממה ששוה בפ' המוכר את הבית דעת ר"ח לדעתו ז"ל כנז"ל בסוף דבריו הדברים ממשמשין ובאין דס"ל בעד ר"ח דהא דהדמים מודיעים לאו לגמרי הם אלא דוקא היכא דמליכא לעיולי ההיא מלתא בדברי המוכר כההיא דלרדיא וקרון ופרדות וצמד ובקר כשאדוקין בהם אז הוא דאמרינן דהדמים מודיעים, הא לאו הכי כגון צמד ובקר ודומיהן לא אמרינן דהדמים מודיעים מטעמא דלא עיילינן בדברי המוכר מלתא אחריתי שאינה בכלל כמ"ש הר"י ן' מיגאש. וכמ"ש הנמק"י בדעת ר"ח כנז"ל.

ומתוך זה הנך רואה דמ"ש הלח"מ בדעת ר"ח דלגמרי ס"ל דהדמים מודיעים הוא הפך ממ"ש הרשב"א והנמק"י בעד ר"ח ואין קיום לדבריו. בין מדברי הרשב"א והנמק"י ובין מההיא דארעתא שהזכרנו לעיל ולא"ת ומדברי הרשב"א דפ' המוכר את הבית שהבאתי כנז"ל יתבאר לך דר"ח ורבי' האיי פליגי והוא זה דאילו ר"ח כל הני שמעתתי דרבא ודסומכוס המוזכרים שם מוקי להו דוקא במתנה ולא במכר אבל בשאר שמעתתי דרב במכר ופלגא במכר נמי היא, וכתב הרשב"א דר' שהוא סובר דהתם כיון שהזכיר פלגא או מצד ארעא דמיניה פלגא אין מחשבין לו לפי דמים בדקדוק אבל האומר חלק בקרקע שלי אני מוכר לך בכך וכך הכי קאמר חלק ששוה הדמים הללו ולפיכך אמר שאין הולכין בזה בכדי שאין הדעת נוטה אלא לפי דמים נוטל בדקדוק ובחקירה וכו' יע"ש, ובכן קשיא לי בדברי הנמק"י בפ' המוכר בההיא דסומכוס באומר תנו חלק לפ' בכור כתב הנמק"י דמשמע מן התוספתא דלאו דוקא במתנה אלא הוא הדין במכר וכו' אבל הגאונים ז"ל רבי' האי ור"ח ז"ל מוקמי לה דוקא במתנה וכו' אבל במכר הדמים מודיעים כיון שלא אמר לו חלק ידוע מחשבים ביניהם לפי הדמים דהכי קא"ל חלק א' ששוה כך וכך מעות אני מוכר לך. אבל לעיל אמר לו פלגא בפי' שהוא סך ידוע הלכך אפשר דמיירי בכל גוונא עכ"ל, והנה במ"ש אבל לעיל אמר לו פלגא וכו' משמע דס"ל דבהנהו דלעיל דעת ר"ח ורבי' האיי שוין דמיירי אפי' במכר ולא שייך לומר הדמים מודיעים מאחר שאמר פלגא בפי' שהוא סך ידוע, ולע"ד ליתא דזו היא דוקא סברת רבי' האיי דמחלק בין ההיא דסומכוס להנהו שמעתתי דלעיל כמ"ש הרשב"א בעדו. אבל רבי' חננאל אין כן דעתו אלא בין ההיא דסומכוס וכל הני שמעתתי מוקי להו במתנה אבל במכר ס"ל דהדמים מודיעים בהנהו שמעתתי ודלא כרבי' האיי וא"כ איך הנמק"י השוה אותם דעת רבי' האיי ור"ח יחד מאחר דחלוקין הם ואיסתמיטתיה מלראות דברי רבי' האיי ור"ח בשורשם וכעת דבריו נפלאו מני,

היוצא מן המחובר שדעת הרשב"א והר"י ן' מיגאש ור"ח ורבי' האיי וגם דעת הרא"ש ז"ל ריש פ' שור שנגח ובריש פ' המוכר את הספינה בההיא דהמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן כ"ע שוין לטובה דהדמים מודיעין כל שאין הדמים מכחישין את הלשון אבל כשהן מכחישין את הלשון כההיא דצמד ובקר אז הלכתא כחכמים דאין הדמים ראיה יעי"ש איש במקומו לאותותיו וכבר זכרתי מזה לעיל, וגם הנמק"י גלוי עמם בס' זו וכמ"ש לעיל בפ' המוכר את הבית בההיא דארעתא יהבינן ליה תרתי כנז"ל דנראה דדוקא כשהוא מכחיש הלשון הוא דהלכתא כרבנן הא לאו הכי הכל שוין לטובה ולדעת א' נתכונו וסברי מרן דהדמים מודיעין. ובכן קשיא לי על כולהו מההיא דשלהי מנחות דבית מביתי אני מוכר לך ושור משוורי ועבד מעבדי דאמרינן התם דמראהו מת מראהו נפול ואמאי נימא נחזי דמי היכי יהיב ולהוו הדמים ראיה מאחר שהלכה פסוקה היא והכא אין הלשון מכחיש את הדמים וא"כ נימא דמים מודיעים וכאשר תמה הלח"מ על רבי' חננאל תפול התמיהה על כל הני רבוותא שהבאתי דמה יענו דההיא דשלהי מנחות הנז' ואמאי באומר בית מביתי נותן לו את הקטן והן אמת כי אם הקו' לא היתה כי אם מההיא דבית מביתי לחוד הוה מצינא למפרקא דש"ס מיירי בקונה בשטר שהוא אחד מדרכי ההקנאה ולא יהיב דמי עדין והילכך אמרינן דהואיל דליכא דמים וכל קנינו אינו אלא בשטר הילכך יהיב ליה קטן ואם נפל מראהו נפול משום דיד בעל השטר על התחתונה וליכא דמים דנימא דמים מודיעים ושפיר אבל מההיא דשור משוורי ועבד מעבדי יקשה דאמאי מראהו מת להוו הדמים ראיה ואם נאמר דגם בעבד אין מזה קושי דהא אחד מדרכי הקנאותיו הוא בשטר וא"כ מיירי בקונה בשטר דליכא הוכחה בדמים ולכן מראהו מת מטעם דיד בעה"ש על התחתונה, ניחא בעבד דדמי לקרקע אבל בשור משוורי דלא שייך קניית שטר קשה דלהוו הדמים ראיה. דאי מיירי בקנאו במשיכה א"כ היכי מראהו מת הלא הדבר ידוע מה שהקנהו שהרי משך אותו וידע שאינו זה, אלא ודאי דמיירי שהקנהו בדמים וא"כ לדעת הני רבוותא הנז"ל תפול עליהם התמיהה מההיא דשור משוורי דאמאי מראהו מת להוו הדמים ראיה, ובשלמא לדעת רבי' האי הנז"ל ניחא דל"ק דהא מדברי הרשב"א שהביא את דבריו כנ' דס"ל דע"כ לא אמרינן דהדמים ראיה אלא באומר חלק בקרקע שלי אני מוכר לך בכך וכך דמים דאז יהבינן ליה לפי הדמים בדקדוק, משמע דכל שלא אמר לו בכך וכך דמים אז אין מחשבין ליה לפי דמים. וא"כ יכולני לומר דההיא דשור משוורי ובית מביתי לא מיירי בא"ל בכך וכך דמים ולכך לא הוו הדמים ראיה ומראהו מת ואין מחשבין לו לפי דמים ושפיר, אבל לשאר הפוסקים שהבאתי דלא ס"ל כדעת רב האי אלא ס"ל דהדמים ראיה כל שאינם מכחישים הלשון קשיא מההיא דבית מביתי וצריכין אנו למשכוני נפשין ליישב דעתם ז"ל.

ואחרים מ"ש הר"ם ז"ל פ"ג מזכיה ומתנה כשם שהמוכר צריך לסיים הממכר כך הנותן,

כיצד

הדמים שנתן. משא"כ במקנה לחבירו עשר חביות בחביותיו דבמתנה הוא דיהיב להו דליכא בהו ברירה דאין במתנה לד לומר הדמים מודיעים הלכך העלה הרא"ש ז"ל דההפסד לפי חשבון ושאני ליה בין נותן למוכר כדבר האמור כנ"ל לחלק. וסעד לחילוקי זה מצאתי ראיתי לה"ה בפי"א מה' זכיה עמ"ש הר"מ בדין ח' ש"מ שאמר תנו חלק לפ' בבור היין שיש לי יטול רביע וכו' כתב ה"ה וז"ל וכתב רבי' חננאל ז"ל דהא מתניתא דסומכוס דוקא במתנה אבל במקח וממכר הדמים מודיעין בענין זה וכ"כ הגאון בס' המקח דבאומר חלק בשדה שלי אני מוכר לך בכך וכך. הק' חלק א' בשדה ובכך וכך לפי חשבון המעות ובדקדוק עכ"ל בחידושי הרשב"א ז"ל ע"כ, הרי דיש הפרש בין מתנה למקח וממכר וזה סעד לחילוקי הנז' שהללתי בעד הרא"ש.

ואבתי לא הונח לי דאם איתא דטעמא דההיא דבית מביתי' הוא משום דהדמים ראיה כדכתיב' א"כ מאי פריך הש"ס בשלהי מנחות אמתני' דא' משורי הקדש מההיא בריתא דהאומר בית בביתי וכו' מראהו נפול אמאי לחזי דדין כפל ומשני יד בעה"ש על התחתונה ואי איתא מאי פריך שאני התם דהדמים ראיה והכי הו"ל הש"ס לשנויי ואמאי הולרך לשינויי דיד בעה"ש, אלא ודאי מדפריך הש"ס ולא משני הכי ליכא למי' דמיירי כגון היכא דליכא דמים אלא במוכר בשטר דשטר הוא א' מדרכי הקניות והואיל וליכא דמים אלא עיקר הקניה בשטר לא מלי לשנויי הכי דהדמים ראיה. א"נ דהך סוגיא אזלא כרבנן דפליגי עליה דר"י בפ' המוכר הספינה דף ע"ו ולא ס"ל דהדמים ראיה גבי גמד ובקר ואמטו להכי לא משני הש"ס דהדמים ראיה וכדבעינן מימר קמן בס"ד. וכיון שכן לא העלינו שום מזור וארוכה להרא"ש ותמיהת מורינו הרב שתמה על הרא"ש מההיא דמנחות בדוכתא קאי ויגעתו ולא הונח לנו.

ונטיתי ידי לבור לי דרך אחרת בישוב דברי הרא"ש ז"ל והוא כי הרואה יראה שם בדברי רילב"א שהביא הרא"ש דהביא שתי ראיות א' מההיא דבכורות מההיא דהמפקידו טלה ושניה לה מההיא דבית כור דהאומר חצי שדה וכו' דנוטל כחוש, ושתי הראיות דחאן הרא"ש לההיא דבכורות משום דיש ברירה. וההיא דחצי שדה כתב הרא"ש דאין ראיה דשאני התם שכבר הוברר חלקו. דבריו בזה לכאורה באו סתומים דא"כ אמאי אמרי' טלה משמנין ביניהם הלא הוברר הלקו ולריך לדעת ברירה זו מה טיבה. לכן נלע"ד דאפשר דהוא עפ"י המוסכם אללינו בכמה דוכתי דמוכר בעין רעה הוא מוכר וכל הנותן בעין יפה הוא נותן. ולכן בההיא דחצי שדה דבמכר היא אמרינן דנוטל הכחוש מטעם דהמוכר בעין רעה הוא מוכר וזהו שכתב הרא"ש בההיא דחצי שדה משום דהוברר והיינו מהך טעמא גופא דמוכר בעין רעה. ועפ"י זה תשובה לתמיהת מורינו הרב על הרא"ש די"ל דמ"ש הרא"ש דבמקנה עשר חביות וכו' דההפסד לפי חשבון היינו דוקא בנותן מתנה דבגוה משתעי והואיל ובעין יפה הוא נותן הלכך ההפסד לפי חשבון אבל בההיא דבית בביתי וכו' דמראהו מת היינו משום דבעין רעה מוכר, וזהו בעלמו מ"ש בש"ס יד בעה"ש על התחתונה מטעם דבעין רעה הוא מוכר והלכך מרעינן ליה לשטריה וידו על התחתונה. ונמלא לפי האמור שדעת הרא"ש לחלק בין נותן למוכר מהטעם האמור כנ"ל ליישב דעתו ז"ל. א"כ כ"ל ודרך אגב אתנהלה לאיטי בעטי ממקום למקום כי דברי תורה כפטיש יפולץ סלע וגעון תחלתה בסופה, הן קדם על דברי הרב המגיד דפי"א מה' זכייה ומתנה דין ח' שהביא דברי רבי' חננאל כנז"ל חזי הוית להרב לח"מ הביא מה שתמה עליו הנמק"י מההיא דלמד בקר

ומה שתירץ והקשה ממ"ש הר"מ פכ"א ממכירה בית מביתי וכו' נותן לו הקטן ונימא נחזי דמי היכי יהיב ולהוו הדמים ראיה. ומכח זה כתב דהר"מ לא ס"ל כר"ח שפסק דהדמים מודיעים אלא הר"מ ס"ל כרבנן דפליגי עליה דר"י בפ' המוכר את הספינה גבי גמד ובקר וס"ל דאין הדמים ראיה והביא ראיה לזה אבל לרבי' חננאל לעולם הדמים מודיעים והא דאמרינן במנחות בית מביתי וכו' מראהו נפול לא שייך הודעת דמים דלעולם שכזה היה שוה מתחלה אלא שיאמר לו זה שמכרתי לך וביתך הוא שנפל וכו' ז"ת דברי הלח"מ ז"ל. ולכאורה יש לגמגם בזה חדא דדוחק לומר דרבי' חננאל יסבור לגמרי בכל מקום דהלכתא כר"י דהדמים מודיעים דמאחר דיחידאה הוא ורבנן פליגי עליה וס"ל דאין הדמים ראיה ומאחר דרבים נינהו הו"ל למפסק כוותיהו, ותו קשה עליו מההיא דפ' המוכר את הבית דף ס"א ההוא דא"ל לחבריה ארעא דבי חייא מזבננא לך הואי ליה תרתי ארעתא וכו' אמר רב אשי חדא ארעא א"ל תרתי לא א"ל וכו' ואי אמר ארעתא סתמא מיעוט ארעתא שתים ואי א"ל כל ארעתא כל ארעתא דאית ליה וכו' ופסקה הר"מ פכ"א דמכירה דהאומר שדות אני מוכר לך דמיעוט שדות שתים וכן פסק הטח"מ סי' רי"ח יע"ש, ואם איתא דהדמים מודיעים אמאי לא קנה אלא שתים הלא לחזי כמה דמים נתן ולהוו הדמים ראיה. והנמק"י ז"ל כתב שם וז"ל ארעתא מיעוט ארעתא שתים וכו' עד וקי"ל כרבנן דאמרי אפי' במטלטלי אין הדמים ראיה לעיולי מילתא שאינו במשמעות הלשון ע"כ, ולפי דברי הלח"מ דס"ל בעד רבי' חננאל דלגמרי ס"ל דהדמים מודיעים אם כן יקשה דאמאי אמרינן דמיעוט ארעתא שתים הלא הדמים ראיה. וכ"ל דמכאן סעד למ"ש הנמק"י שם בהמוכר את הבית בההיא דתניא האו' תנו חלק לפ' בבור וכו' שהביא דברי רבי' האיי ורבי' חננאל דמוקי להו במתנה אבל במכר הדמים מודיעים וכו'. והקשה לדבריהם וא"ת והא קי"ל כרבנן דאמרינן בפ' המוכר גבי למד ובקר שאין הדמים מודיעים, וי"ל דשאני התם דעיולי במקח מה שאפשר וכו' יע"ש הריד ס"ל להנמק"י בעד ר"ח דלאו לגמרי אמרינן דהדמים ראיה אלא דוקא היכא שיכול להכנס במקח שנתכוון לזה, הא לאו הכי הלכתא כרבנן ואמטו להכי בההיא דארעתא דמיעוט רבים שנים לא אמרינן דהדמים ראיה לעיולי מלתא שאינו במשמעות הלשון ונמלא לדעת הנמק"י דר"ח ס"ל כרבנן ושפיר. אבל לפי דברי הלח"מ בעד ר"ח דלגמרי ס"ל דהדמים מודיעין ודלא כרבנן א"כ הדרא קו' לדוכתא מההיא דארעתא כאמור, וסבור הייתי לומר דלדעת הלח"מ יסבור בההיא דארעתא לדעת ר"ח דמיירי במוכר בשטר בלחוד היא דליכא דמים והואיל דבשטרא הוא דקני הקרקע הלכך לא שייך לומר דלהוו דמים ראיה, ולכן אמרינן בההיא דארעתא דלא קנה אלא שנים משום דיד בעה"ש על התחתונה ודייני' ליה לגריעותא הואיל ומיעוט רבים שנים כנ"ל להלין בעד ר"ח לסברת הלח"מ ז"ל ולפ"ז נפקא דבקונה בדמים אף דאמר ארעתא לא יהבינן ליה תרי אלא הדמים מודיעים לדעת ר"ח, אך קשיא לי לפ"ז בההיא דלקמן בפ' המוכר את הבית בהנהו מימרי דמלר ופלגא שהביא רבא וכן בההיא דהאומר תנו חלק לפ' בבור דבתוספות מתנייא כל הני מילתי בין במכר בין במתנה היא, ור"ח ורבי' האי העמידום דוקא במתנה ולא במכר מטעם דאי במכר אז ודאי דהדמים מודיעי' כאשר כתב הנמק"י כל זה אהך סוגיא יע"ש באורך, ואי כדאמרן מאי דחוקיה דר"ח לאוקמיה במתנה ולא במכר אי משום דהדמים מודיעים אכתי לוקמה לכל הני מלתי דבמכר נמי מיתוקמו וכגון שלא מכר בכסף אלא בשטר שהוא א' מדרכי ההקנאה והואיל ועיקר הקנייה איגה אלא בשטר דלא שייך לומר דמים מודיעין הלכך אזלינן בכולהו לגרועי משום דיד בעה"ש על התחתונה, אלא ודאי מדלא

מוקי

זה הוא תורף תמיהת מורינו הרב נ"ע.

ואני בעניי נלע"ד דאין שום תימא כלל דמ"ש הרא"ש בפ' נערה וחלק על הראב"ד וקאמר אבל הכא ל"ש. היינו כלפי מ"ש הראב"ד דהוקא בדאומר דמי חמרא הוא דרווחא ליתמי אבל מחמרא הוי דמקבל המתנה הואיל וליפות כחו נתכוון וגם לענין יוקרא מיפי' כחו ואמרינן דהוי של מקבל המתנה. כלפי זה חלק עליו הרא"ש ואמר דל"ש פי' ל"ש אם אמר דמי חמרא או מחמרא דהוי רווחא ליתמי. אבל באומר הבו ת' זוזי חמרא ודאי דס"ל להרא"ש דבזה אם נתייקרו זכה מקבל המתנה בריוח לפי חשבון וכאשר אתן טעם לשבח לקמן בס"ד. ומ"ש הרא"ש בפ' התקבל וחלק על הריצב"א וס"ל דההפסד לפי חשבון משום דאין ברירא והוי שותף, היינו באו' הבו ליה ת' זוזי חמרא בדוקא דהא עיקר פלוגתייהו דריצב"א והרא"ש היא עמ"ש רש"י דמלי א"ל שלך החמיץ דלדעת ריצב"א בדוקא היא ומפסיד הכל ולדעת הרא"ש והתו' דאינו מפסיד אלא לפי חשבון, והרואה יראה שדברי רש"י אינם אלא באו' הבו ליה ת' זוזי חמרא דמלו א"ל שלך החמיץ ונמלא לפ"ז דמ"ש הרא"ש וחלק על ריצב"א וס"ל דמפסיד לפי חשבון משום דהוי שותף לא אמרה הרא"ש אלא דוקא באומר חמרא אבל באומר דמי חמרא וכ"ש מחמרא דאז ודאי לא הוי שותף כלל ודאי דרווחא ליתמי דוקא הוי, וטעם לדבר דבשלמא באומר חמרא דמלו א"ל שלך החמיץ נמלא דיש לו שותפות בגוף היין עלמו שהרי אמר חמרא הלכך מפסיד לפי חשבון כ"ין שותף ואז ודאי גם אי אייקר חמרא הריוח לאמלע וזכה מקבל המתנה בריוח לפי חשבון כדין שותף גמור דנוטלין בריוח ובהפסד ה"נ דכותה ושפיר. אבל באו' דמי חמרא שאין לו אלא דמים ואין לו שותפות בגוף היין וכן באו' מחמרא שאין לו שותפית בגוף היין דליפות כחו נתכוון שלא יפסיד בהחמיץ או בנאבדו המעות בהני תרי דוקא ודאי דאם נתייקרו הוי רווחא ליתמי הואיל ולית ליה שותפית בגוף היין ואם החמיץ לא מלו א"ל שלך החמיץ וכיון שאין לו בהפסד גם בריוח דינא הוא דלא זכה מקבל המתנה אלא דיתמי הוי והוא טעם נכון וברור לעין כל. כלל הדברים דמ"ש הרא"ש בפ' התקבל דהוי שותף אינו אלא באו' חמרא דוקא, ומ"ש הרא"ש בפ' נערה דל"ש ורווחא ליתמי היינו דוקא באומר דמי חמרא או מחמרא וכן מלאתי הדבר ברור בפסקי הרא"ש דפ' נערה דהיינו דוקא בדמי חמרא או מחמרא יע"ש. ובזה עלו ובאו דברי הרא"ש על נכון ולא פלגן בהדיהו ונחה שקטה תמיהת מורינו הרב נ"ע כנלע"ד.

אמנם העומד לנגדי ככותל בחילוקי זה הם דברי רבינו בעל הטורים בטו בח"מ סי' רנ"ג כתב וז"ל ואם נתייקר לעולם הוי הריוח ליורשים באיזה ענין שאמר עכ"ל יע"ש. וממ"ש באיזה ענין שאמר פשט הדברים מורים דל"ש אמר חמרא או דמי חמרא או מחמרא דרווחא דיתמי. אלמא שכן הבין פי' דברי אביו הרא"ש ז"ל. וכ"כ עליו הב"ח ז"ל שם, ומ"ש וכן אם נתייקר וכו' בס"פ נערה וכו' עד ומפרש רבינו דל"ש היינו בכל ענין שאמר בין שאמר מדמי חמרא בין שאמר חמרא בין שאמר מחמרא הריוח ליורשים עכ"ל יע"ש, ולפי זה אין מקום לחילוקי וגם לא לתירוץ מורינו הרב נ"ע דלפי תירולו הנז"ל נר' דדוקא באומר מחמרא הוא דאין לו שותפות ואין לו חלק בריוח משום דקרנא עדיף ליה, אבל באומר חמרא או דמי חמרא הריוח לאמלע מדין שותף הואיל ולא יפה כחו. ואחר המחילה רבה מהוד תורתו ולאיכנא עפרא מתותיה דברי הטור הנז' ילאו נלבים ועומדים לקראתו דנראין דבריו דס"ל דלגמרי רווחא דיתמי הפך דבריו ומרן נ"ע לא שלמו עיניו בדברי הטור. והשתא לפי דברי הטור הנז' הדרא תמיהת מורינו הרב נ"ע בדברי הרא"ש לדוכתא שדבריו סתרי אהדדי ובתי' מורינו הרב אין שום ארוכה ומרפא אחרי דהטור בנו כתב הפך דבריו. ואילו היה רואה אותם ברי לי דמהדר הוה קהדר ביה.

ולפי מה שהללתי אני בעניי הגם שדברי הטור נראין הפך כמ"ש, מ"מ יש לי לד ארוכה ומרפא והוא בחיקור דין דהלא כלל מוסכם בידינו דקילור פסקי הרא"ש עשאם הטור ז"ל והרואה יראה כי שם שפתיו ברור מללו דמ"ש הרא"ש ל"ש לא קאי אלא באו' דמי חמרא או מחמרא כאשר עיני בשר לו המה יביטו יראו בפסקי הרא"ש דפ' נערה. וא"כ יקשה עליו דאיך כתב הטור דלגמרי רווחא דיתמי דהוא הפך מ"ש בפסקי אביו. ובעמדי בזה האיר ה' עיני ומלאתי בפרישה בסי' הנז' שכתב על דברי הטור וז"ל ומ"ש רבינו באיזה ענין שאמר בא לאפוקי מהראב"ד שכתב דדוקא באומר מדמי חמרא אבל אמר מחמרא דאז היין באחריות הריוח למקבל קמ"ל שאין חילוק וכ"כ הרא"ש עכ"ל יעי"ש.

ובראותי דברים אלו שמח לבי ויגל כבודי ויאורו עיני דלפ"ז מ"ש לעיל ליישב דברי הרא"ש חזר לתוקפו ולאיתנו ואין מדברי הטור שום סתירה אחרי ראותי דברי הפרישה הנז' דמ"ש הטור היינו דוקא באו' דמי חמרא או מחמרא אבל חמרא אז גם בריוח זכה מקבל המתנה לפי חשבון וכטעמא דיהיבנא לעיל לחלק ביניהם והן הן הדברים שכתב הטור בפסקי אביו הרא"ש ואין בהם נפתל ועקש ודוק.

ועפ"י הדברים הללו נמלא שדעת הרא"ש כדעת רש"י ז"ל דפ' נערה שהבאתי לעיל דס"ל לחלק בענין יוקרא בין אומר מחמרא לאומר חמרא וכדכתיב' לעיל וטובים השנים הרא"ש ורש"י באחדא שיטה אזלי.

עוד זאת מלאתי ראיתי למורינו הרב שם בפסק הנז"ל דף נ"ה הקשה על דברי הרא"ש שם בפ' התקבל שאחר שהביא דברי ריצב"א דחה הרא"ש ז"ל את דבריו וכתב דלא דמי דהמפקיד דבר מבורר מלי א"ל שלך מת אבל אם הקנה בחביותיו עשר חביות לא נתברר חלקו מעולם הלכך הוי שותף וכו' ועל דברי הרא"ש הללו תמה מורינו הרב וז"ל והדברים תמוהים אללי דהא בשלהי מס' מנחות גבי הא דתנן האומר כבש מכבשי הקדש וכו' מייתי התם מתיבי בית בביתי אני מוכר לך ונפל מראהו נפול וכו' ופסקו הר"מ בפכ"א מה' מכירה וכו' יע"ש. והרי התם לא נתברר חלקו ומה לי חבית בין החביות לבית בין הבתים או לשור בין השוורים והרי כל ההפסד עליו אעפ"י שלא נתברר חלקו וגם הרב בני חיי בטח"מ סי' קנ"ד עמד על תמיהה זו ונשא ונתן עליו ולבסוף עלתה הסכמתו דמ"ש הרא"ש אבל אם הקנה לו בחביותיו עשר חביות ר"ל מלא עשר חביות דקאי אין יעי"ש באורך.

ולפירוקא דהדין מלתא נ"ל דיש הפרש בין מכר למתנה דבמוכר טעמא דאמרינן בההיא דבית בביתי וכו' דמראהו מת מראהו נפול היינו משום דיש ברירה ומליגא לברורי הי מינייהו מכר, והיינו מכח הדמים שנטל דאינו דמי בית המעולה לדמי בית הגרוע דלפי ערכו מקבל הדמים ונמלא דהדמים מודיעים וכן בשור כי האי גוונא דאינו דומה דמי שור שמן ובריא לדמי שור כחוש וכההיא דאמרינן בר"פ המוכר פירות בההיא דמוכר שור לחבירו ונמלא נגחן וכו' דאקשינן ולחזי דמי היכי יהיב ומשני וכו' וכתב הר"ן ז"ל וכן נמי אמרינן דהדמים ראיה לפי הדמים שנתן לו יוכל להכיר דעת הלוקח וכו' ומיהו היינו דוקא בכיולא בזה ששאל ממש שור ושור קא תבע ליה וכו' אבל שאל לו נמד וכו' יעי"ש. הרי דבמין א' הדמים ראיה ואמטו להכי אמרינן במנחות דמראהו מת מראהו נפול דאיכא ברירה ע"י הדמים

הרי עלי עולה דהקדש הגוף הוא אלא דלא הוכח לי דהא הלכה רווחת פסקה הר"מ פט"ו ממעה"ק דהקדיש זכר לדמיו הוא עצמו יקרב עולה וכמ"ש טעמא בש"ס דמיגו דנחתא ליה קדושת דמים נחתא ליה קדושת הגוף עיין עליו. וכיון שכן ק"ל בדברי התוס' תרתי חדא דבאומר דמי שור זה הואיל וקדים קדושת הגוף הו"ל כאומר הרי עלי עולה ואם נגנבו או אבדו חייב באחריותן. וא"כ אי מדמי' ליה באו' דמי חמרא לאומר דמי שור זה עולה, פשיטא דמחייב בגניבה ואבידה ומה צורך לומר מחמרא.

ותו דפשט דברי התו' מורין דבאו' דמי שור זה עולה הו"ל קדושת דמים מדקא מדמו ליה לדקל לפירותיו, וליתא דלפי ההלכה קדים קדושת הגוף והיא עצמו יקרב עולה. ודוחק לומר שהתו' כתבו כן לדעת רש"י בתמורה דף י"ט ע"ב דפליג וס"ל דלא אמרי' מגו דנחתא ליה קדושת דמים נחתא ליה קדושת הגוף כמבואר שם והתו' לדעת רש"י קיימי חדא דדוחק לאוקמיה כיחידאה דלא כהלכתא ולפחות היה להם לבאר דבריהם דאליבא דר"ש היא. ותו דנ"ל דבהא דהקדיש זכר לדמיו אזיל ומודה גם ר"ש לס' רב כהנא ורבא דקדים קדושת הגוף וע"כ לא נחלק עליהם אלא במפרים נקבה לאשם דלרבא ורב כהנא בעי מומא מטעם דמגו דנחתא ליה וכו' ולר"ש לית ליה האי מגו כיון דהיא גופא לא חזי להקרבה כמבואר שם בש"ס אבל בהקדיש זכר לדמיו גם ר"ש יודה דקדים קדושת הגוף כיון דחזי להקרבה וכיון שכן הדרא תמיהתין לדוכתא בדברי התוס' הם דלא כהלכתא המוסכמת לכ"ע. והיה נ"ל לתרץ שדברי התוס' מיירי במקדיש זכר בעל מום וכיוצא בזה כתב הר"ן ז"ל בפ"ד דנדרים אמתני' דהאו' הרי נטיעות האלו קרבן ושקלי' וטרי' עלה ואמרינן הכא למאי עסקי' באו' לדמי. וע"ז כתב הר"ן דהוי כמקדיש זכר בעל מום יעי"ש. אלא דגם זה אינו נוח לי שהי"ל לתו' לבאר דבריהם.

והיותר נ"ל בזה הוא דהתו' לא נחתי להשמיענו דהוי קדושת דמים או קדושת הגוף דודאי דקדים קדושת הגוף אלא דלעיקר טעמא אתו דהא טעמא דקדים קדושת הגוף הוי משום דאמרי' מיגו דנחתא ליה קדושת דמים נחתא ליה קדושת הגוף אלמא דקדושת הגוף במיגו ילפי' לה. והיאך מעיקרא נחתא ליה קדושת דמים הא הוי דשלבל"ע, לזה הוא דכתבו התו' דהוי כדקל לפירותיו לענין דנחתא ליה קדושת דמים ולא הוי דשלבל"ע אבל לעולם דבמקדיש זכר לדמיו גם התו' סברי דקדים קדושת הגוף כנ"ל.

ומעתה יש לי לומר דהא דמדמי התו' דמי חמרא להיא דהאומר דמי שור זה וכו' לענין דהוי דשלבל"ע מדמי אבל לאו לגמרי דבמקדיש שור זה לדמיו קדים נמי קדושת הגוף ומחייב בגניבה ואבידה ולא ראי זה כראי זה דהכא דאמר דמי חמרא לא מיחייב באבידה ולהכי בעי' דלימא מחמרא ליפות כחו כנ"ל.

וראיתי בתו' ס"פ נערה בעובדא דההוא דאמר הבו ת' זוזי מן חמרא לברתי איקר חמרא אמ"ר יוסף רווחי ליתמי, והקשו התו' ד"ה ת' זוזי וכו' ואע"ג דבפ' התקבל גבי גניבה וכו' וקאמר דלא קנה ר' אבינא וכו' וי"ל דהתם נמי מסיק מחמרא ליפות כחו ע"כ. ולכאורה לא ידענא מאי קשיא להו ודקארי לה מאי קארי לה דאטו לא ידעי המסקנא ומה צורך לקושיא וכו'. והנ"ל דלעולם ידעי הך מסקנא אך תמיהתם היתה דממ"ש בהך עובדא אייקר חמרא וכו' דמפשט פשיטא ליה דודאי קניא רק הספק היה איוקרא ואמאי לא נסתפקו גם בעקר הקניה דאיכא צד לו' דלא קנה כדאשכחן בעובדא דגניבה עד דאסיקנא דמחמרא ליפות כחו ה"נ הי"ל לרב יוסף להסתפק גם בעיקר הקניה אי קנתה או לא ולזה תי' וי"ל דהתם נמי וכו' כלומר דהך עובדא הוה בתר המסקנא דהתם ולכך לא נסתפקו בעיקר הקנייה דמפשט פשיטא להו דקנה רק איוקרא הוא דנסתפקו וק"ל.

הנלמד מהך דפ' נערה דבאו' מחמרא אי אייקור חמרא רווחא ליתמי דהא מן חמרא הוי כמו מחמרא כמ"ש התו', ולכאורה יש לדקדק דמאחר דאסיקנא דמחמרא ליפות כחו א"כ הי"ל לומר דאי אייקור רווחא דמקבל המתנה כי היכי דלהוי יפוי כח אבל השתא דאמינא רווחא דיתמי נמצא דהורע כחו לענין יוקרא ואלו ממשפ"י רש"י נר' דהיפוי כח אינו אלא דוקא לענין החמיץ או אם אבדו המעות אבל לא לענין יוקרא וצריך טעם לחלק ביניהם, ורש"י ז"ל שם בפ' נערה נר' דנרגש מזה ופי' וז"ל ארבע מאה זוזי מן חמרא משמע אותו יין משועבד לכך אבל היין עצמו לא אמר ליתן לה, כונתו רצויה בזה דיש הבדל בין או' הבו ת' זוזי מן חמרא לאו' הבו ת' זוזי חמרא, דמן חמרא היינו דוקא לשעבד לו היין ואם החמיץ חייבים לשלם ילא מצו אמרי שלך החמיץ אבל לא לענין יוקרא דבשלמא אם היין עצמו היה אומר ליתן לה והיה אומר הבו ת' זוזי חמרא הוי ודאי דיוקרא דידה הוי ולא דיתמי דכי היכי דפסידא דידה הוא ואם החמיץ פסידא דידה ה"נ יוקרא דידה הוי דקרוב לשכר ולהפסד הוא אבל השתא דאמר מן חמרא ואינו קרוב להפסד גם לשכר דהוא היוקרא לא זכה אלא דיתמי הוי ולפ"ז נמצא דשאני ליה לרש"י ז"ל בין אומר מחמרא לאו' חמרא, דבאו' חמרא אז יוקרא דידיה הוי מטעמא דכתי'.

אמנם יש עוד שתי סברות בדבר והוא אשר כתב הרא"ש אהך עובדא דס"פ נערה הנז' אמ"ר יוסף רווחא ליתמי כתב הראב"ד דוקא דאמר מדמי חמרא אבל אמר מחמרא רווחא לברתא כדאיתא בפ' התקבל ולא דמיא כלל להך דהיכא דהתם לא קאמר אלא לענין אם קנה אם לא קנה דר' אבא סבר לא קנה משום דחמרא לא אמר, דמי חמרא לא אמר מחמרא קאמר ומסיק דמחמרא ליפות כחו קאמר וקנה אבל הכא ל"ש עכ"ל, הרי דלהראב"ד ז"ל ס"ל דבאומר מדמי חמרא הוא דהוי יוקרא דיתמי אבל באומר מחמרא אז היוקרא הוי דברתא, ומינה דגם בעובדא דגניבה כן הדין מאחר דעיקר ראיתו היא מההיא דפ' התקבל, אבל דעת הרא"ש דלא שנה ולעולם הוי יוקרא ליתמי.

וראיתי בפסקי מרן הגדול זרע אברהם חח"מ סי' א' הביא דברי הרא"ש הללו ודברי הרא"ש דפ' התקבל שהביא דברי ריצב"א וחלק על דברי ריצב"א שפי' דברי רש"י דאו' לו שלך החמיץ וכו' עד הלכך הוי שותף ביין כלו יעי"ש. וקשה דכיון דהוא שותף בכל היין גם כי אייקר חמרא נימא דאית ליה רווחא לפי חשבון ואם נאמר דאה"נ דאם אמר מדמי חמרא יש לו חלק בריוח לפי חשבון כי אמר מחמרא נמי כ"ש דאית ליה רווחא דהא ליפות כחו הוא בא והרי כי אייקר הורע כחו שאין לו חלק בריות. ויש ליישב דעדיפא ליה קרנא שיהיה קיים וכו' עד וכדאמרינן בפלמא בוליגא טב מקרי עכ"ל מורינו הרב נ"ע יע"ש דף כ"ה, ואנא הוא עבדא דסגידנא קמיה ומקמי דיקר אוריתיה טרם בואי לעמוד על תירוצו אלין יוסר על עיקר תמיהתו שתמה על דברי הרא"ש. דהלא תורף תמיהתו היא דממ"ש הרא"ש בפ' נערה וחלק על הראב"ד וס"ל דלא שנה אלמא דס"ל דלענין יוקרא לעולם רווחא ליתמי היא ל"ש אמר חמרא או דמי חמרא או מחמרא אם נתיקר הריות ליתמי, ואלו ממ"ש הרא"ש בפ' התקבל שחלק על ריצב"א וס"ל דההפסד לפי חשבון משום דהוי שותף א"כ כיון דהוי שותף לענין ההפסד גם בריוח יטול כפי חשבון כדין שותף, ואלו מההיא דפ' נערה מוכח איפכא דלעולם רווחא דיתמי. ונמצאו דברי הרא"ש דפלגן בהדייהו,

דף ז' שנשאל בראובן ששם משכון אצל שמעון ונטלו שמעון והניחו בתיבתו עם המטלטלים שלו בפני ראובן ונכנסו העכברים ונקבו המשכון עם המטלטלין שלו אי הוי פושע או לא זהו תורף שאלתו. ובראשית מאמר רצונו לחייבו היה מדברי הר' שמריה הנז"ל, ושוב נשא ונתן על דברי הר' שמריה ודחה דינו מכח ראיתו דהראיה שהביא ממקום שבא מינה תברתיה, גם מלשון הר"מ והטור הוכיח הפך דברי הר' שמריה כאשר יראה הרואה לשם דאין לודק להיות ממהדורי מילי, עוד כתוב שם ז"ל גם מה שטען שמעון שבפני ראובן הניחו בתיבה ושתק ולא א"ל כלום יש ג"כ לפטור את שמעון וראיה ממ"ש המרדכי בפ' המפקיד וז"ל ושומר שמסר לשומר לפני בעל הפקדון ולא מיחה ונגנב או נאבד פסק בס' המקצועות דלישבע וכו' ונפטרו תרוייהו כיון דלא מיחה וכו' ה"נ בנ"ד כיון שבפני ראובן הניח שמעון וכו' ודאי נתרצה בשמירה זו וישבע שמעון שלא נטלן ופטור וזה אפי' לדעת הר' שמריה. ועוד יש לפטור את שמעון במה שהניח אלו המטלטלין בתיבתו ובזמן הזה כ"ע שומרים אלו המטלטלין בתיבות ושמירה מעליא היא להם ובודאי שהמפקיד נותן אדעתא דהכי להנפקד שישמרנו במקום שמנהג לשמור ושהוא נותן את שלו. וראיה ממ"ש בעל תרומת הדשן בסי' של"ג בשם מוהרי"ח וז"ל ובהג"א בשם מוהרי"ח הוסיף עוד טעם לפטור וכתב אם נתנו בחדר סגור ובתיבה סגורה דפטור דאדעתא דהכי קא מפקיד עכ"ל וכו' א"כ ה"נ בנ"ד כיון דכ"ע רגילים לשמור חפציהם בתיבות ודאי אדעתא דהכי קא מפקיד א"כ אפי' שיהיה שמעון ש"ש יהיה פטור משום דאכילת העכברים אונס כמ"ש עכ"ל יע"ש, והוצרכתי להעתיק דבריו מפני שספר זה אינו מצוי ביד כל אדם.

אמור מעתה דמהני תרי טעמי שכתב הרב לפטור הן הנה דשייכי לנ"ד לפיטורא, חדא שהרי נתן הגרור בתוך התיבה בפני ראובן ושתק, ולא מיחה ודאי שנתרצה בשמירה זו ופטור ועוד דשמירת כספים בזמן הזה כל שמניחם במקום שמניח מעותיו שמירה ראויה כמ"ש מרן בשולחנו הטהור בח"מ סי' רנ"א ס' י"ח יע"ש, ואיכא מימר כל המפקיד אדעתא דהכי מפקיד ולכן אף שיהיה לשמעון ש"ש יהיה פטור משום דאכילת העכברים אונס הוא כמ"ש הרב ז"ל ואף דמוהריק"ו בשורש קנ"ג בענין החטים שנרקבו מחמת הגשמים חשיב ליה פושע כאשר יראה הרואה לשם. ועיין למוהר"א ששון סי' ע"ז וסי' ע"ח מה שפלפל בתשו' מוהריק"ו יע"ש. מ"מ נ"ד לא דמי להההיא דמוהריק"ו דשאני התם דודאי הוי פשיעה מאחר שעשה כן מדעתו בלתי רשות משלחו, אבל בנ"ד דבפניו הניחם בתיבה ודאי דפטור ולא חשיב פושע. ומתוך זה יתבאר לך דנ"ד לא דמי לנדון מוהר"א ששון מהך טעמא גופיה דכתי', וא"כ נ"ד ודאי דלא שייך ביה דין פשיעה כטעמי תרילי דכתי' ולכן השואל ה"י לא נחית בנ"ד להך ספיקא להיות הדבר פשוט כדכתי' וזה פשוט.

ובכן אלכה לי לדון במה שנסתפק השואל בנ"ד לדעת מי מהם זכה בדנרים הנמצאים, לברר וללבן הדבר לענין הלכה אתנהלה לאיטי בעטי וה' אלקי' יעזור לי כיר"א. וראשית ביכורי כל בדרך שקלא וטריא ראיתי ונתון אל לבי להליץ עובדא דפ' התקבל גניבה יוצא בקולר הוי כי הוה קא נפיק אמר הבו ת' זוזי לר' אבינא מחמרא דנהר פניא וכו' ואסיקנא דמי חמרא לא קא אמר מחמרא קאמר כדי ליפות כחו, ופי' רש"י ז"ל חמרא לא קאמר הבו ליה חמרא בת' זוזי, דמי חמרא לא קאמר הבו ליה מאה זוזי מדמי חמרא דנימא לזבוני חמרא ומיתב ליה וכו' כדי ליפות כחו שיהא כל היין שלו שאם אמר תנו לו יין אם החמיץ מן היין היו היורשים אומרים שלך החמיץ ואי אמר דמי חמרא ומכרו ממנו קצת ואבדו המעות אומ' לו אבדו מעותיך הילכך אמר מחמרא דמשמ' יין ודמיו שהכל אחריות לו ע"כ, והתו' ד"ה דמי חמרא הקשו וא"ת כי אמר נמי דמי חמרא הוי דבר שלא בא לעולם. ותירצו דיש לחלק בין אמר לכשיבואו לאומר דמי שור זה עולה וה"נ כי אמר דמי חמרא בעי למימר שיהא היין קנוי לו לדמיו. א"נ כאן היה דמי יין שכבר נמכר היין שלא נמכר וה"ק דמי חמרא שכבר נמכר לא קאמר וגם חמרא העומד לימכר לא קאמר ע"כ. וקשיא לי לכאורה לתי' השני דפי' חמרא היינו העומד לימכר איך הונח בזה קושיתם שהקשו דהוי דבר שלבל"ע כיון שהיין עומד לימכר. ואם כונתם בזה הוא דהוי כמו דקל לפירותיו כמו שתירץ בתירוץ הראשון א"כ היינו הך ומה חידשו בתירוץ השני. אלא דהא ל"ק דהחילוק ברור דלתירוץ ראשון דמי חמרא הוי כמקדיש שור וכדקל לפירותיו וחמרא היינו חמרא ממש דליתוב ליה מיניה. ולתירוץ השני דמי חמרא היינו היין שנמכר וחמרא היינו שלא נמכר ודמים קאמר ומהאי טעמא דהוי כדקל לפירותיו והוא הפך מתי' הראשון והיינו דאיכא בינייהו. .

א"נ נ"ל דבין לתירוץ א' וב' חמרא היינו דליתוב ליה חמרא ממש. אלא בלדמי חמרא הוא דאיכא בינייהו דלתירוץ הראשון אף דעדיין היין לא נמכר הואיל ואמר דמי חמרא הו"ל כדקל לפירותיו, ולתירוץ השני דוקא לפי שכבר נמכר הוא דמהני שהמעות הם בעין אבל אם לא נמכר לא מהני דהו"ל דשלבל"ע ככ"ל יותר נכון. וכ"ת לפי תירוץ שני מאי שנא מאו' דמי שור זה עלי דמהני ולא חשיב דשלבל"ע. שנייא ההיא דחיובא עליה דידיה רמיא במ"ש עלי הילכך חשיב כבא לעולם, משא"כ הכא דאמר דמי חמרא ולא אמר עלי דליכא חיובא עליה דידיה הלכך הוה כדשלבל"ע וכדבעינן מימר קמן בס"ד, אך הא ק"ל על תירוץ הראשון שתירץ דחשיב כדקל לפירותיו והו"ל כאו' דמי שור זה עלי עולה. דלפ"ז מאי קאמר הש"ס דאמר מחמרא ליפות כחו לענין אבידה אם אבדו הדמים הא לפי מאי דמדמינן לאו' דמי שור זה עלי עולה, איכא יפוי כח באו' דמי חמרא גם לענין אם אבדו הדמים דמיחייבי יורשים באחרים. דהלא ידוע ההבדל דיש בין אומר הרי זו לאומר הרי עלי כדתנן בפ"ק דמגילה דבאו' הרי עלי אם נגנבו או אבדו חייב באחריותן דכמאן דטעין אכתפיה דמי. ה"נ באומר דמי שור זה עלי נמי דכותה דהואיל דאמר עלי הא שעבד גופיה ואם נגנבו או אבדו מחייב באחרים וא"כ כיון שדימו אמירת דמי חמרא לאומר דמי שור זה עלי הא איכא יפוי כח לענין אבידה ומחייבי היורשים באחרים ול"ל למי' מחמרא ליפות כח כיון דבלאו הכי בדמי מיופה מכל דופי. וכענין זה קשה לי לתירוץ השני שתירץ דדמי חמרא היינו שכבר נמכר. דא"כ היכי מצו אמרו ליה אבדו מעותיך הלא הואיל וכבר המעות היו בעין בעת ההיא ברשותייהו קיימי ואם נגנבו אחריותם עליהם כל שלא באו לידו וא"כ ל"ל למי' מחמרא ליפות כחו בדמי חמרא סגי ליפות כחו דאטו המתחייב לחבירו במנה ואמר לו הנה הוא בביתי ומת ונגנב מי לא בעו יורשים שלומי לקיים החיוב. אלא דהא ל"ק דאיכא למימר כיון דהך דגניבה מתנה הוא לא דמי לחוב דעלמא ולכן כל עוד שלא באה ליד הזוכה אם אבדו מצו יורשים לדחותו ולהפילו מעליהם במענה כל דהו אם לא במיפה כחו. ובהכי ניחא גם מאי דאקשינן לפירוקא קמא דהואיל ומתנה הוא מצו יורשים לדחותו כיון שלא זכה. ומה שדימו אותו לדמי שור זה לאו לגמרי מדמו ליה אלא דוקא לענין דלא חשיב דשלבל"ע מיהו הא כדאי' והא כדאי'.

עוד נ"ל דגם דאומר דמי שור זה עלי עולה אם נגנבו תו לא מיחייב דהא הקדש דמים הוא ול"ד לאו'

הרי

טפי דינא הוא דמלי מעכב האי. ואי א"ל הב לי פלגא דרווחא א"ל רווחא לקרנא משתעבד ואי א"ל הב לי פלגא דרווחא ופלגא דקרנא א' ליה להדדי משתעבד. ואי א"ל ניפלוג רווחא וניפלוג קרנא ואי מטי לך פסידא דרינא בהדך א"ל לא מזלא דבי תרי עדיף. ופסקו הרמב"ם בפ"ד מה' שותפין והטור ומרן הקדוש ז"ל בי"ד סי' קע"ז. וכתב הש"ך בס"ק ס"ג עמ"ש מרן ז"ל ואפילו אמר ישאר הקרן בין שנינו ולא נחלוק רק הריוח אין שומעים לו כתב הש"ך ע"ז הטעם דמזלא דבי תרי עדיף ש"א עכ"ל.

ואתה קדוש תמהת ע"ד דטעם זה דמזלא דבי תרי לא נאמר בש"ס אלא לאו' לחלוק הריוח והקרן ואי מטי פסידא לך דרינא בהדך. ואע"ג דהתוס' כתבו דטעם זה דמזלא דב"ת שייך בכולהו מ"מ למה הש"ך ז"ל נייד מטעם הנז' בש"ס. ואח"כ אמר שבמ"ש הרב פ"מ בח"ב סי' ק"ז יתיישב דברי הש"ך. והספר הנז' לעת כזאת איננו אתי במחילתי. לכן אני כותב מה שנלע"ד, והוא דאעיקרא ק"ל בדברי התוס' ז"ל כמ"ש בד"ה מזלא דבי תרי בכולהו הוה מצי למימר הכי אלא דעדיפא מינה קאמר בהו עכ"ל ז"ל. ולפי הנראה מפשט דבריהם ק"ל דאם בחלוקה ראשונה כשטוען הב לי פלגא דרווחא ישיב לו מזלא דבי תרי עדיף איך יכול לטעון אח"כ ניפלוג קרנא ורווחא. דיבאר אידך ישיב לו התשו' א' שהשיב לו מזלא דבי תרי עדיף. ואיך יהיה לו פה עוד לטעון ניפלוג קרנא ורווחא והוא יודע שישיב לו מה שהשיב לו בטענה א', וכן נמי אי כשטען ניפלוג קרנא ורווחא ישיב לו מזלא דבי תרי איך ימלאנו לבו לטעון טענה אחרת שהיא נפלוג קרנא ורווחא ואי מטי לך פסידא דרינא בהדך והוא יודע שישיב לו כמו שהשיב לו מזלא דבי תרי עדיף. וא"כ ק' להבין דברי התוס' שא' דבכולהו הוה מצי למי' בהו הכי. דבשלמא לפי דברי הש"ס דנקטו טענות מוחלפות יש מקום לטעון כל אלו הטענות אך לפי דברי התוס' ז"ל אין מקום כמו שכא' כי על כל אלה נלע"ד שאין דברי התוס' כפשוטן אלא שכונת דבריהם סובבין והולכין ע"ד דברי רבא שאמר בתחילה הני בי תרי דעביד עסקא בהדי הדדי ורווח וא"ל חד לחבריה תא ליפלוג אי א"ל אידך נרווח טפי דינא הוא דמעכב, ומאמר זה הוא בכולל כמו תני והדר מפ' כמ"ש רש"י יע"ש. וע"ד דברי רבא אלו שכלל בדבריו כל אלו הטענות הול"ל הכי א"כ הני בי תרי וכו' וא"ל חד לחבריה תא וניפלוג או ברווחא לבד או ברווחא וקרנא ואמר לו אידך מזלא דבי תרי עדיף ומהאי טעמא אמר רבא דמדינא מלי מעכב. ותו לא הוה צריכנא לאינהו טעמי דרווחא לקרנא משתעבד וגם לא לטעמא אחרינא דעסקא להדי הדדי משתעבד. וזה מ"ש התוס' ז"ל דבכולהו מצי למימר הכי כלו' דרבא בתחלת מאמרו הנ"ל למנקט כולהו ומצי למימר רבא על כולהו הך טעמא דמזלא ותו לא צריכנא לאינהו טעמי אחריני. ותירצו דעדיפא מינה קאמר בהו. כלומר שרבא בחכמתו הגדולה כלל את דבריו ואחר כך פי' כדי ללמוד דעת דת ודין דרווחא לקרנא משתעבד וצריך שיהיה הריוח קיים כדי למלאת הקרן כמ"ש רש"י ז"ל כדי שלא יפסיד בעל העסקא מהקרן ולכן אילו נקט בלישניה רבא בתחילת דבריו טעמא דמזלא דבי תרי לכל הטענות מאין אנו לומדים דין זה דרווחא לקרנא ועסקא להדי הדדי וכו' וזה דעת התוס' כמ"ש דעדיפא מינה קא' בהו.

נמצינו למדים לפי דברי התוס' שאם בכל אלו הטענות טוען אידך מזלא דבי תרי עדיף טענתו טענה ומלי מעכב מדינא. ובכן עלו דברי הש"ך ז"ל כהוגן כדבר האמור ואין צורך עוד להאריך כנלע"ד.

ולהיותי חלוש המזג גם חולי הבאגידו כי גבר עלי לא יכולתי להאריך דלענין הדין למעשה כי כפיו דהופסד דקרן יפלו כל אחד ואחד לפי ערך המעות שהניח בכיס ולענין הריוח שורת הדין הוא שיטול הזולו' לערך ל"ב חתיכות כמ"ש שמעון ולוי חבריו כאשר הורה גבר רב אחאי משבחא ה"י ותו לא מידי כ"ד לב נשבר אף רוחי.

הצעיר **נסים חיים משה מזרחי** ס"ט.

סימן ו'.

דיני פקדון.

שאלה ראובן הפקיד ביד שמעון צרור של דינרי זהב צרורים וחתומים וקבלם מידו שמעון ונתנם בפני ראובן המפקיד בתוך התיבה אצל צרור אחד שהיה לו לשמעון של דינרי זהב מאותו מטבע ממש. והני עכברי רשיעי נקבו שני הצרורות וגנבו דינרי זהב מאלו ומאלו. ובא שמעון לראות הצרור שלו וראה אותו מנוקב וגם צרור הפקדון ראהו מנוקב ופתח הצרור שלו ומצא שחסר כ"ב דינרי זהב וחיפש בחור העכברים ומצא ד' דנרים. ואז סיפר הענין לראובן, וילך ראובן ומצא שחסרים כ"ב דינרים מצרורו ונפל מחלוקת ביניהם על הארבעה דנרים הנמצאים זה אומר שלי הם וזה אומר שלי הם, יורינו המורה מי משניהם יטול הארבעה דינרים אם ראובן אם שמעון, או אם יהיה כממון המוטל בספק ויבא שכמ"ה.

תשובה ידענא בי ולכל מאי דאתי מחמתי דחכמה לא איתי בי לא מינה ולא מקצתה, ומה להבן אל בית הבר, ודבר זה נשאל לחכמים יודעי העתים רבנן סבוראי דאתו ממולאי בחכמה ויתרון דעת וה' עמם שהלכה כמותם בכל דבר. ועל כל אלה דחקתי ונכנסתי לס' השואל ה"י דרמי חיובא דנא עלי ועל צוארי לפתור אותו הוא אחי יפת הגדול ראשון לכל דבר, ובהרמנא דידיה ורבנן קדישי עיילנא בבר, וידי לעושיהן יולאות וחולות על רזא דנא להחויא לדון דין אמת לאמיתו זך ונקי ובר, משמיא מיהב יהבי על דבר אמת וצדק ותקן בבחירתא מבחר פנינים סולת נקיה לא פת קיבר, כיר"א. וזה החלי בעזר העוזר כי אין בלתו מלך רם ומתנשא הנגלה על נהר כבר. הן קדם כ"ד רבו בו הספיקות דמלבד מה דבעי מיקן השואל ה"י בספיקא דדינא מאן זכי במעות הנמצאים תו חזינא לספוקי אי מיקרי פושע שמעון הנפקד במה שלא שמרו כראוי מן העכברים ומחייב או לא, ותבט עיני בשורי במ"ש בהגהות אשר שביבות המרדכי דפרק המפקיד לשלטי הגבורים ז"ל מעשה בא לפנינו באחד שהלוה לחבירו על המשכון ונקבוהו עכברים ובא הדבר לפני רבותינו נ"ע והסכימו וכו' עד ואם אין בגדים חשובים הם שדרכם להניחם מבחוץ ואין לו חתול אם הוא שומר חנם פטור ואם הוא שומר שכר חייב שהיה לו לקנות חתול וכו' יע"ש, ומכאן תשובה מוצאת לנ"ד דפטור מתרי טעמי חדא דנפקד זה ש"ח הוא. שנית דהרי הניחם בתוך התיבה ותו לא מיקרי פושע לענין חתול מאחר דעביד להו שמירה מעליא תוך תיבתו ויסגור בעדם.

ברם אכתי לא פלט וזה ממ"ש בהגהות מיי' בה' שאלה ופקדון פ"ד מבס הר' שמריה משפירא וז"ל מצאתי כתוב בשם הר' שמריה דסתם תיבות חתורות הן אצל העכברים וחייב הנפקד אם שם בגד בתיבה ואכלו עכבר וכו' והובאו דבריו במרדכי פ"ג דב"ק הביאו הרב"י בח"ה סי' רל"ה יע"ש, וא"כ מאחר דסתם תיבות חתורות הן א"כ הו"ל פושע וחייב. האמנם בחפשי באמתחות הפוסקים נדון דומה לזה והסורה נא ואראה בס' שאלות הנדפס מחדש קובץ קטן לראש יוסף הוא הראש כמהר"י איסקפה ז"ל

דף

עד הוכרחו להודיעו מיד שהוזלה הזולו'. והוא דאמרי' בפ' המקבל דף א"ר נר' האי מאן דקביל עסקא מחבריה ופסיד וטרח ומליה ולא אודועי לא מצי א"ל דריה פסידא בהדאי, ופרש"י לא מצי למימר בתר דמליה ביה מהך פסידא קמא וכו', דא"ל להכי טרחת למלייותיה כי היכי דלא לקרו לך מפסיד עסקיה, ופירש"י דא"ל להכי טרחת ומליתיה וכו' דמדלא אודעתן מעקרא נכלם היית בדבר ואדעתא דמלויי קרנא טרחת ע"כ. ומרן הקדוש ז"ל הביא מ"ש תלמידי הרשב"א ז"ל וז"ל דאע"ג דאמרי' בסמוך רווחא לקרנא משתעבד וכו' שאני הכא דאכתי ליתיא לרווחא הילכך וכו'.

ואתה קדום פי' דברי תלמידי הרשב"א ז"ל ואח"כ כתב דברי הנמק"י שתירץ לתמיהה זו וז"ל ואפשר דהך הוא טעמא דרווחא לקרנא משתעבד משום דסתמא דמלתא כל מאן דטרח בעסקא לא ניחא ליה שיפחת קרנא ושיקבל הוא הריוח כדי דלא ליקרא ליה מפסיד עסקא עכ"ל. ואתה הוא שנותיך לא יתמו כמראה הקשת כר' לך בדבריו ז"ל ואח"כ באו דבריו לכלל ישוב ככתוב בדברי קדשך.

ולי הדיוט רואה אנכי שדברי הרב הנמק"י כמבולבלין בעיני שהרי מתחילת דבריו כשכתב וז"ל להכי טרחת וכו' תימא לי אמאי לא א"ל רווחא לקרנא משהעבד ואמאי למטען כולי האי כיון דמ"מ הא רווחא קמן הוא כדלקמן ואפשר וכו' כנז"ל המובן במאמרו זה דריוח זה שמשלים הקרן רווחא מיקרי ואילו אח"ך כתב וז"ל דמדלא הודיעו מעיקרא נכלם היה בדבר ואדעתא דמלוי קרנא טרחת והא דמשמע דדוקא משום שלא הודיעו הא הודיעו לא אמרי' רווחא לקרנא משתעבד ופליג רווחא ופסידא כל חד באפי נפשיה, היינו משום דאכתי ליכא לרווחא. ואילו אחד לא בעיא לאהעסוקי ביה לא נג"ע מפועל דיכול לחזור אבל היכא דאיתיה רווחא משתעבד לקרנא וכו'. אשר במאמרו זה שכתב משום דאכתי ליתא לרווחא מובן דלא חשיב ריוח זה שהרויח עד שמלא את הקרן ריוח לכדי שנא' בו ריוחה משתעבד לקרנא כיון שאין ריוח זה יוסיף על הקרן אלא כדי מלוי הקרן בלבד ולא נותר כל דהוא על הקרן והשתא ק' לע"ד דא"כ במאמר האחד הי"ל לתרץ תמיהתו שתמה דאמאי לא א"ל רווחא לקרנא משתעבד וכו' כיון דמ"מ הא רווחא קמן הוא כדלקמן הי"ל לתרץ בנקל ולו' דלהכי לא מצי לומר הכא בנדון זה רווחא לקרנא משתעבד משום דאכתי ליכא רווחא ר"ל דאעפ"י דהא איכא רווחא קמן מ"מ אין זה חשוב ריוח כדי לטעון טענה דרווחא לקרנא משתעבד כיון שמה שהרויח היה עד כדי מלוי הקרן ולא יותר ולהכי לא מצי למטען הכא רווחא לקרנא משתעבד. משא"כ בנדון דרבא דלקמן שהרויח ריוח נוסף על הקרן דבההיא מצי למטען ולו' רווחא לקרנא משתעבד, ובהכי היו כל דבריו עולי' בקנה אחד בריאות וטובות. ובזה היה נצול משני דוחקי' הא' מתירוצו שתירץ, שהוא דחוק כנר' לעין כל, והב' מהדוחק שצריך ידחק ולייש את דבריו לכדי שלא יהיה ק' מה שהק' אחי נועם המאירי ה"י ולעת כזאת דבריו אלו צ"ת אצלי. ובין הכי והכי אשכחנא מרגניתא לייסב תשו' שהביא המרדכי ז"ל במ"ש וז"ל אמר רבא האי מאן דקביל עסקא מחבריה ופסדא וטרח ומליה וכו'. מכאן פסק הרש"ס ז"ל אדם שמלוה לחצי ריוח שצריך להשלים מן הריוח אם יתן מס ואינו יכול לו' כך וכך נתתי למס אקח חצי הריוח מן הנשאר אלא ישלים מן הריוח חיסרון מן המס ומה שישאר מן הריוח יחלקו ביניהם וכו' יע"ש. ולכאורה היה ק' בעיני הוראה זו שהורה הרש"ס ז"ל מכח סוגייא זו דאין לה דימיון וראיה מכאן לנ"ד משום דהכא בנדון דרבא שנשא ונתן בעסק והפסיד מהקרן שקבל מחבירו אף שטרח אח"כ ומליה לקרנא אינו יכול לומר לו מההיא פסידא כהדאי משום הנז"ל להאי טרחת ומליתיה דלא ליקרו לך מפיד עסקיה. ופי' המ"פ ז"ל דא"ל להכי טרחת ומליתיה שפי' נכלם היית ולמלאת הקרן טרחת. כי היכי דלא ליקר לך מפסיד עסקיה, כלו' שמאחר שנשא ונתן בעסק והפסידו אנן סהדי שמה שטרח אח"כ עד כדי שיעור למלאות הקרן כונתו היתה למלאות את הקרן כדי שלא יצא עליו שם רע שמפסיד קרנא הוא ואין כונתו ליטול מריוח זה. אמנם בנדון דהרש"ס ז"ל שלא הפסיד מהקרן מחמתו אלא מסיבה חיצונית שאירע שנטלו ממנו מס כמנהג שנוטלין מס מממון העסק. א"כ מה מלוה זו ומה טעם יש בה לו' שישלים מן הריות חיסרון המס דהכא לא שייך לו' להכי טרחת כי היכי דלא ליקרו לך מפסיד עסקיה. דהלא הוא לא הפסיד בעסק כלל וכיון שכן אנן סהדי דכשטרח והריוח עד שכוס מה שנתן במס דעתו היה ליטול חצי הריוח ולא למלאות הקרן איכוון. אך במ"ש הנמק"י במאמר הא' שכתב וז"ל ואפשר דהך הוא טעמא דריוחא לקרנא משתעבד משום דסתמא דמילתא כל מאן דטרח בעיסקא לא ניחא שיפחת קרנא ושיקבל הוא הריוח כדי דלא ליקרו ליה מפסיד עסקיה עכ"ד.

אתה הראת לדעת דכללא כייל דכל מאן דטרח בעסקא לא ניחא ליה שיפחת מהקרן ושיקבל הוא הריוח. אפילו אם היה באופן שלא בא ההפסד מחמת ההתעסקות תדע דהכי הוא דהא בעובדא דרבא דלקמן דהיה ריוח ולא הפסד והיה זה לחלוק הריוח וע"ז א"כ דמלא חבירו לו' לו רוחא לקרנא משתעבד פי' דשמא יגיע ההפסד לסחורה אחר כך ונצטרך להשתכר למלאת הקרן מן הריוח כאשר פירש המ"פ ז"ל. ש"מ דמסתמא אמרינן דלא ניחא להו שיפחת הקרן ושיקבל הוא הריוח אפילו בפסידא דאתי מעלמא שלא מחמתן דסוף סוף נקרא שמו בישראל שמפסיד עסקא ובכן נתיישב אצלי הוראה זו שהורה הרש"ס ז"ל דס"ל כס' הנמק"י. ז"ל כנ"ל ע"ל הדוחק ודו"ק.

ובסיום תשו' דהרש"ס ז"ל הנז"ל כתב וז"ל אבל אם התנה אקח הריוח שלי מתי שארצה והרויח ליטרא ולקח חצי ליטרא לחלקו ולאחר מכאן נתן מס לא ישלם החסרון ממה שלקח כבר אלא מה שנחסר נחסר מחלקו עכ"ל. דמדבריו אלו יש ללמוד לנ"ד שאפי' אם במונח שמעון ולוי היו חולקים בריוח בשנים ראשונות הזולו' לערך ל' חתיכות ולא ל"ב כאשר חלקו בריות הנז' בשאלה אפי' הכי אין לראובן דין ודברים עליהם ודין הוא שיטול ראובן בחלקו של שנים הזולו' לערך ל"ב התיכ' שמה שנטלו שמעון ולוי נטלו וראובן שלא נטל חלקו עמהם באותה שעה איהו הוא דאפסיד אנפשיה ויקח כל דמי הריות שהרויח דכל ימי משך השותפות לערך ל"ב חתיכות הזולו' ומה שנחסר נחסר מחלקו. ובודאי נראה ממה שהיו חולקים שמעון ולוי הריוח בכל שנה ושנה שתנאם היה כן ביניהם דאם לא לא היו רשאין לחלק הריוח אלא לסוף ג' שנים שנשתתפו לג' שנים כנז' בשאלה. וכיון שכן הוי כמי שהתנו שיקחו הריוח בכל שעה שירצו כמ"ש בתשו' הרש"ס ז"ל שמה שלקח כבר לא ישלים ממנו התסרון ה"נ נ"ד דכוותה. כ"ש דבנ"ד שמעון ולוי לא היו חולקים בריוח כי אם לערך הזולו' ל"ב חתיכות כשומא שהיתה שוה בזמן שהמילו שלשתם המעות בכים כנז' בשאלה. שבודאי הפשוט שאין לו לראובן ליקח בריוח של כל ימי השותפות לערך ל' חתיכות הזולו' אלא דין הוא שראובן יטול במעות הריוח כמו שנטלו חבריו שוה בשוה.

ובסיפא דמלתא לענין דינא הביא שאר הסוגייא דפ' המקבל א' רבא הני בי תרי דעבוד עסקא ורווח וא"ל חד לחבריה תא ניפלוג אי א"ל אידך נרווח טפי

הטור קודם לקח כל אחד פירות במעותיו ונשתתפו וערבום חולקים לפי המעות דבריו אלו יכולין אנו לפרשם כשנשאו ונתנו בסחורות ולא שהסחורות שנשתתפו בהן עדיין הן חיים וקיימין בלבוגם ובקומתן דהא דברי הטור הן הנה סיפא דברייתא דקתני לקח זה בשלו וזה בשלו ונתערבו זה נוטל לפי מעותיו וזה נוטל לפי מעותיו.

ופירש"י ז"ל וז"ל לקח זה בשלו שוורים בריאים כ"כ וזה בשלו שוורים כחושים במנה זה נוטל לפי מעותיו דשור כחוש אין עבודתו דומה לשל בריא. הרי שפירש"י מוכח כמ"ש זה נוטל לפי מעותיו וזה נוטל לפי מעותיו שהוא נוטל מעבודת השוורים ממה שיוצא מכחם ממה שהשביחו בקרקע ע"י פעולתם ועבדו פירות בקרקע. כל אחד ואחד יגטל בשבח לפי מעותיו דיש ששווריו כחושים אינו נוטל בשבח שהשביחו בקרקע שוה בשוה למי ששווריו בריאים וטובים. הרי שפירש"י מכריע דכשאמרו בברייתא זה נוטל לפי מעותיו וכו' ר"ל שנוטל בשבח ולא מגוף השוורים עצמן. וכיון שכן דון מינה ומינה למ"ש הטור לקח כל אחד פירות וכו' חולקים לפי מעותיו היה אפשר לפרש דמיירי לכשנשאו ונתנו בפירות ובפירי פירות הוא דקאמר הטור שחולקים לפי המעות כמ"ש רש"י ז"ל כ"ז היינו יכולים לפרש דברי הטור ז"ל אילו לא כתב תיבת ואפילו. ברם השתא דדייק הטור וכתב תיבת ואפילו וכו' מוכח להדייא כמ"ש הטור ואם לקח כל אחד פירות במעותיו ונשתתפו וערבום חולקים לפי המעות וכתב אח"ך תיבת ואפילו זה מורה באצבע דהטור ס"ל בפי' הברייתא במ"ש דזה נוטל לפי מעותיו וכו' מיירי שהפירות הם בעין ואיתרמי מילתא שקודם שנשאו ונתנו בהם היה בהם יוקרא וזולא ובהאי גוונא הוא דאמרו בברייתא זה נוטל לפי מעותיו וזה נוטל לפי מעותיו. אמנם אם נשאו ונתנו בפירות והרויחו ופנים חדשות באו לכאן אז ודאי שיחלוקו שוה בשוה כדין הא' שכתב למעלה דאם נשתתפו במעות זה ק' וזה ר' ונשאו ונתנו במעות שחולקים שוה בשוה. נמצא דתיבת ואפילו שכתב הטור הורה לדעת דמ"ש בתחילת דבריו ואם לקח כל אחד וכו' חולקים לפי המעות דמיירי דהפירות עצמן הם בעין דאלת"ה תיבת ואפי' שכתב הטור אין לה שחר, וכיון שכן דברי הס"ך ז"ל עלו ובאו בדקדוק ומי כמוהו מורה מדקדק בדברי הטור ובדברי מרן בחסירות ויתירות.

אחר הדברים האלה כתב ידיד ה' וז"ל ובכן נתתי לעמוד במ"ש מוהרי"ט בתשו' דשייכי לח"מ סי' ק"ח וכו' ואנכי הדל באלפי בתר דלחיכנא עפרא מתותא דמוהרי"ט ז"ל לא ידעתי מדוע ידיו אחזו רפיון בספק זה והניח הדבר בהין ולאו, אחר שמור"מ ז"ל כתב דכ"ש וכו' ואפי' דנימא דבימי מוהרי"ט לא פשטו הוראות מור"ם ז"ל בהגהה, מ"מ הדבר ק' איך לא שלטו עיני מהרי"ט ז"ל כמ"ש הטור לקח כל אחד פירות במעותיו וכו' חולקים לפי המעות ודבריו הם לקוחים מהברייתא שזכרנו וכו'. והנה כי כן תו ליכא ספק בדבר דנשתתפו בסחורות ג"כ והם בעין ודאי שדין אחד להם בדין נשתתפו במעות וחולקים במעות ומכ"ש הוא. והנה כי כן לא זכיתי להבין אמרי קדוש במ"ש הדבר בספק דלדעתי ליכא ספיקא כלל וכדכתיבנא ודברי מוהרי"ט בזה צל"ת עכ"ד הנאהבים והנעימים לי.

ובזה מאד אני תמה עליך אחי איך עשית עין של מעלה שלא ראה דברי הטור ז"ל ואפי' לא הברייתא והלא הוא ז"ל הביא כל' הסוגייא דפ' מי שהיה נשוי נושא כולה בתחילת התשו' ופירש"י והרמ"ה ז"ל וכל רז לא אנים ליה וכ"ש בדבר המפורסם הנו' לעין. ואיך לא שמת כל לבך לשים לילות כימים ולישב את דבריו כחיוב המוטל עלינו למשכוני נפשין ליישב דברי גדולי ישראל עד מקום שידינו מגעת.

ואני בעוניי יגעתי ומצאתי ארוכה ומרפא לדברי אבי התעודה מהרי"ט ז"ל באופן זה שהרב מוהרי"ט ז"ל שלטה עינו עין הבדולח דברייתא במ"ש בסיפא דברייתא לקח זה בשלו וזה בשלו ונתערבו זה נוטל לפי מעותיו וז"כ לפ"מ וס"ל להרב הנז' ז"ל דפי' הברייתא כדמפ' לה רש"י דאוקי לה בפירי פירות שהוא מהשבח היוצא מהקרקע מכח עבודת השוורים ולא מהשוורים עצמן וכמש"ל, ובהך גוונא נמי מפ' הרב הנז' ז"ל דברי הטור דמיירי כשלקחו כל אחד פירות ועירבום ונשאו ונתנו בהם והרויחו, ובהא הוא דקאמר הטור ז"ל דחולקים לפי המעות דיש לך לחלק בין כשנשתתפו במעות לכנשתתפו בסחורות וכמו שלידד הוא ז"ל שם ונתן טעם בעיקר בדבר יע"ש. ומ"ש הטור תיבת ואפי' שממנה דייק הס"ך ז"ל לו' דמ"ש הטור ואם לקח כל אחד וכו' חולקים לפי המעות דמיירי שהפירות הן בעיין לכשיבא תיבת ואפי' שכתב הטור בדיקדוק כמ"ש מ"מ ס"ל למהרי"ט ז"ל שאין זה מוכרח דאפשר דתיבת ואפי' במעות שכתב הטור יתפרש כן והוא לפי שהטור ז"ל לעילא מכל כתב דין דנשתתפו במעות והטילו לכים זה ק' וזה ר' ונשאו ונתנו במעות והרויחו שחולקים שוה בשוה מהטעם שנתן הרא"ש בפסקיו ז"ל יע"ש ואח"ך כתב הטור ז"ל ואם לקח כל אחד פירות ונשתתפו וערבום חולקים לפי המעות, שהורה לנו את הדרך שאין דין המעות כדין הפירות ר"ל שאין דין נשהתפו במעות ונשאו ונתנו בהם שוה לדין כשנשתתפו בסחורות ונשאו ונתנו בהם האלו דמעות חולקים בשוה ובסחורות חולקין לפי המעות. ואח"כ כתב הטור ואפי' במעות וכו' לו' שאפי' במעות משכחת לה דין זה דנשתתפו בסחורות דקי"ל דחולקים לפי המעות ולא בשוה משכחת לה כגון שהמעות הן בעין וכו' וכמ"ש הרמ"ה וכו' ופירוש זה אינו רחוק כ"כ לפ' דברי הטור כך, וכיון שכן נמצא דדין זה אם נשתתפו בסחורות והן בעין לא פורש כדברי הברייתא וכדברי הטור ז"ל מה יהיה דינו.

והשתא ספקו של מהרי"ט ז"ל שנסתפק וכתב וז"ל והיכא דלא שמו מעות בשותפות אלא סחורות שקנו, שהיה לכל אחד ואחד חלקו ידוע והיה בהם יוקרא וזולא יש לי להסתפק אם יהיה דינן כמעות והאריך בגדדי הספק ולבסוף הניח הדבר בהין ולאו ורפייא בידי שלדעתו ספק זה אינו נפשט לא מדברי הברייתא ולא מדברי הטור כמש"ל זה נלע"ד ותו לא מידי.

ותו שכבר פירש הרב הנז' ז"ל עיקר ספיקו היה בנ"ד שהסחורות אשר שמו ראובן ושמעון ולוי אחר שנתפרדו מיהודה היה להם לכל אחד ואחד מג' חלק בסחורות ועל כיוצא בזה נסתפק אם דינם כמעו' או לא. שכ"כ שם בא"ד וז"ל איברא שאם הסחורות שנשתתפו בהם היה לכל אחד ואחד מין סחורה בפני עצמה ושתפום בהא ודאי משעה שנשתתפו הקנו זה לזה בדמים ששמאום וכו' יע"ש. וכיון שעיקר ספיקו של הרב הוא כנ"ד כנז"ל אמור מעתה איך יוכל איש לו' שספקו מהברייתא או מדברי הטור דלא ראי זה כראי זה.

אח"כ ראה ראיתי את אשר טרח בעיונו בסלע המחלוקות שבין האחרונים ז"ל דלכאורה היה נר' דהרס"ך והר"מ גאלנטי ז"ל פליגי עם מהרי"ט ומהרח"ש ומהרא"מ ז"ל ורב השלום עשה שלום במרומיו דלא פלגן בהדייהו ואו ואו דברי אקים וכו' וראיתי את דבריו וראוים הם למי שאמרן.

אחר הדברים האלה וישת אל המדבר פניו להבין כונת שמעון ולוי שמיד בשנה הא' שהוזלה הזולו' הודיעוהו לראובן שרצונם היה לחלק ההפסד המגיע לפי חשבון המעות של כל אחד מהם וכו'. והאריך בפרט הלז

הדמים שנתן ולא אמרי' שימלאו ההפסד של הקרן מהריוח שירויחו דרווחא לקרנא משתעבד דהואיל והתנו כן לחלוק שנה בשנה תו לא אמרי' רווחא לקרנא משתעבד שימלאו מה שהפסידו מן הקרן שהרויחו אח"כ. והגם שהנמק"י והר"ן ותלמידי הר' יונה ישבו קושייא זו באופן אחר. כמז"ל. מ"מ בעקר דינו דהכ"א לא פליגי והכל מודין שכל שהתנו תנאם קיים. דכל תנאי שבממון קיים ודין זה הוא אפי' בתוך הג' שנים שקבעו זמן לשותפותן דכיון שהתנו לחלוק שנה בשנה א"כ לא לדק ראובן בטענתו שרוצה ליטול הזולו' של הריוח לערך ל' וההפסד שהיה בקרן מערך המטבע שהוזל שימלאו מהריוח דרווחא לקרנא משתעבד אין בדבריו ממש הואיל והתנו לחלוק הריוח או ההפסד שנה בשנה וכבר הודיעוהו מיד שרוצים לחלוק בהפסד הורדת הזולו' איש לפי ערכו, וכ"ש אם נהגו לחלוק בכל עת שירצו בין בריוח בין בהפסד, דודאי כל שהודיעוהו בהפסד הירידה דחולקין מיד. ולא מלי ראובן לטעון רוחא לקרנא משתעבד אלא ניטל הזולו' לערך ל"ב מי'. וכי תימא דהכא אין צורך להודיעו בהפסד ובלאו הכי לא אמרי' דאדעתא דמלוי קרנא רוות. דבשלמא בנדון הש"ס שההפסד היה בעסקא שנטל הילכך אבעי ליה לאודועי בהפסד, הא לאו הכי דלא אודעיה אמר אדעתא דמלוי קרנא אמנא בנ"ד שילא דבר מלכות שהזולו' לא תהיה רק לערך ל' מי' ותו לא. ופתאם דבר המלך ילא בכל מלכות כל כי הא הרי הדבר מפורסם וידוע לכל הפסד הורדת הזולו'. וממילא נודע הדבר לכל וראובן עלמו הרי ידע מאחר שנתפרסם דבר המלכות לעין כל ואפי' שלא הודיעוהו הו"ל כהודיעוהו כיון שמפורסם וגלוי לכל פסידא זו וסתמו כפירושו ומה לורך לו' דטעמא הוי משום שהודיעוהו הלא הך פסידא הוא על המטבע שהוזל שכבר מפורסם לכל. לזה נ"ל דבשלמא אם הזולו' היו בעיין ודאי דאין לורך להודעה כלל דהא זולא נודע,

אמנם בנ"ד שכבר קנו סחורה בזולו' שמו א"כ הו"ל רוחא ופסידא שאירע בזולו' מחמת השותפות הוא וכמ"ש לעיל בשם הרמ"א וא"כ הו"ל הך פסידא כמו שהפסידו בשותפות ובעסקא עלמה ולכך מדמינן לה לדינא דגמ' דכל שהודיעוהו אז לא אמרי' אדעתא דמלוי קרנא הרויחו הא לא הודיעוהו מלי למימר אדעתא דמלוי קרנא הרויחו ורוחא לקרנא משתעבד ואמטו להכי ילאנו לדון בנ"ד דטעמא דלא מלי למימר רוחא לקרנא משתעבד. מטעם שהודיעוהו מיד שרלונם לחלוק הזולו' לערך ל"ב מי' איש לפי ערכו כדבר האמור. כלל העולה מזה דאין ספק שנוטל ראובן כל הזול' שהרויחו לערך ל"ב מי' הזולו' מהני טעמי דכתיבנא לעיל דלא מלי לומר רוחא לקרנא אשתעבד וכל מאי דכתיבנא הוא לדין אפי' במשך הג' שנים שנשתתפו דיטול חלקו בריוח לערך ל"ב מי' הזולו' כיון שהודיעוהו וכתיבנא ומכ"ש אחר עבור הג' שנים שנמשכה שותפותם עד ט"ו שנה מבלי שטר אלא החזיקו בשותפותם בסתמא ע"ד תנאם הראשון שכתבו בשטר דודאי ליה דין וליה דיין דכל שהיו מודיעים לו בכל פעם שהיו מסדרין חשבונם והיו חולקים ונוטלין שמעון ולוי חלקם בריוח לערך ל"ב מי' לפי ערך אשר היה בשנה ההיא עוברת הזולו' דודאי דגם ראובן יטול כן ולא מלי אמר רוחא לקרנא משתעבד, ולמלאות הפסד הקרן מהריוח והוא דהרי כתבנו לעיל בשם הר' יונתן והרב"ד שאמרו דלא אמרי' דאתי רוחא וממלא לפסידא דקרנא אלא דוקא תוך שנה של אותו עסק, אבל אם אחר כלות השנה ההיא נתעסק עוד לא אמרי' רוחא לקרנא משתעבד כל שהודיעוהו בהפסד מטעם שהרי יכולין לחלוק מאחר שכבר עבר הזמן שקבעו ודוקא בדלא הודיעוהו אמרי' דמחלו אבל בהודיעוהו לא כמו שזכרנו דבריהם לעיל דרך ארוכה. אמור מעתה בנ"ד. אחר עבור הג' שנים וכלה הזמן שקבעו דהרשות בידם לחלוק ההפסד והריוח מיד אין ספק דכל כי הא ליכא למי' דאתי רוחא וממלא פסידא דקרנא אלא נוטלין הריוח לפי ערך המטבע היולא בעת ההיא בין ביוקרא בין בזולא, וכעין זה כתב הר"מ פ"ה מה' שלוחין דבנשתתפו סתם יכולין לחלוק הריוח וההפסד בכל עת שירלו. וכן פסק מרן בשלחנו הטהור בח"מ סי' קע"ו יע"ש. א"כ בנ"ד אחר עבור הזמן שקבעו הו"ל כנשתתפו סתם שהרשות בידם לחלוק הריוח. וההפסד מיד ואפי' שנאמר דלא דמי לנשתתפו סתם יאדעתא בתנאם הראשון משכו השותפות מ"מ הרי כתבנו והוכחנו דאפי' ע"פ תנאם הראשון ליכא למימר רוחא לקרנא משתעבד כמו שהארכנו לעיל אי משום שהודיעוהו אי משום שאין קפידא ביניהם לחלוק הריוח וההפסד בכל עת שירלו, אי משום שגם שמעון ולוי נטלו חלקם בריוח שנה בשנה לפי ערך שהיתה יולאת הזולו' בכל שנה ושנה וא"כ גם ראו' דין הוא שיטול הריוח כאשר נטלו חבריו שמעון ולוי.

כללא דהאי שמעתתא להלכה ולמעשה דן אנכי דאין ספק דההפסד שאירע בקרן יטלו כל אחד לפי ערך מעותיו שנתן ובענין הריוח ג"כ דינא הוי דיטול ראובן הזולו' לערך ל"ב מי' ולפי ערך השנים שנטלו שותפיו שמעון ולוי הזולו' גם ראו' יטול לפי ערכם אין נגרע מערכם כלל כנ"ל לדון, ולור ישראל ילילני משגיאות ויורני מתורתו נפלאות, ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי, אמן כן יאמר ה' לור מחסי מבטן גוחי.

ישראל מאיר מזרחי.

ראה ראיתי אור יקרות אמרות טהורות כתוב באלבע מעשה ידי אדם אחי המאירי ושנאם לי אחוה דעי גם אני אם מסכים לדעת ואף שידעתי שאין ידיעתי מכרעת ובפרט שחולי הבאגידו גובר עלי באלו הימים ואין דעתי מיושבת עלי. מ"מ לעשות רלונו חפלתי אף שאלמוד מתוך הדוחק וזכות תורת ה' תמימה היא שעמדה לי ותעמוד לי כל הימים אשר אני חי נס"ו כי"ר, וזה החלי בעזר האל ובס"ד.

בפתחי שערים אחר שהביא מעכ"ת שורש הענין מים התלמוד דפ' מי שהיה נשוי ומה שפירש"י ז"ל ופי' הרמ"א שכתב הטור ח"מ סי' קע"ו. והרמב"ם ז"ל בפ"ד מה' שותפין דבריו נוטים לס' הרמ"ה ז"ל וכן פסק מרן הקדוש בשולחן דהא דחולקין בשוה היינו כשנשאו ונתנו במעות שנשתתפו בהם אבל אם המעות הם קיימין וכו' אז חולקים השכר או ההפסד לפי המעות. והש"ך ז"ל כתב עמ"ש מור"ם ז"ל וכ"ש אם נשתתפו במעות והמעות הם בעיין שנוטלין לפי המעות. כתב הש"ך ז"ל דדייק לה ממ"ש הטור ז"ל בס"ק ט' וז"ל ואפילו אם נשתתפו במעות וכו' חולקין לפי המעות וכו' דמשמע מדבריו דל"מ בשנשתתפו בפירות והפירות הן קיימין דחולקין לפי המעות אלא אפילו בנשתתפו במעות והן בעין דחולקים לפי המעות. זת"ד הש"ך ז"ל. ולזה נוטין דברי הסמ"ע ז"ל וכו'.

ואתה קדוש תמהת על דברי הש"ך וז"ל ולדעתי דברי מור"מ ז"ל הם מבוארים בדברי הטור במ"ש ס"ק ט' וז"ל לקח כל אחד פירות למעותיו ונשתתפו ועירבו חולקים לפי המעות. והוא מדברי הברייתא דפ' מי שהיה נשוי דקתני בסיפא לקח זה בשלו וזה בשלו וערבום חולקים לפי המעות וכ"כ הב"ח יעי"ש. וא"כ לפי זה אין לורך למ"ש הש"ך ז"ל דנפקא ליה מדיוק דברי הטור כנז"ל אחר שהוא מבואר בטור והם דברי הברייתא שזכרנו וק"ל מכ"ד.

ולעד"ן דיפה כיון הש"ך ז"ל כמור"ם ז"ל דייק לה הכי ממ"ש הטור תיבת ואפי' כנז"ל. ולא ממ"ש הטור

זכו' ותירלו בכמה פנים. ולפי דברי ההגה"ה הנז' ניחא דלעולם מאותו ממון השיתוף מליה, מכל מקום כיון דהכא מיירי שהיו רגילין לחלק מיד הריוח וההפסד תו ליכא למימר רווחא לקרנא משתעבד דההיא מיירי כשלא היו רגילין לחלק ע"ס זמן השיתוף וק"ל.

והנמק"י תירץ לתמיהה זו וז"ל ואפשר דהך טעמא דרווחא לקרנא משתעבד משום דסתמא דמלתא כל מאן דטרח בעסקא לא ניחא ליה שיפחת קרנא ושיקבל הוא כדי דלא לקרו מפסיד עסקיה ע"כ. ואני שמעתי ולא אבין דא"כ היכי קאמר בתר האי דינא הוא דחבריה מעכב שלא לחלוק רווחא מטעם דרווחא לקרנא משתעבד הא כיון דטעמא הוי משום דסתמא דמלתא דהמקבל עסקא לא ניחא ליה שיפחות הקרן תינח מן הסתם אבל זה שהוא מגלה דעתו שרלונו שיפחות הקרן ויחלוק הריוח אפי' שיקראוהו מפסיד עסקא לא איכפת ליה. א"כ היכי חבריה מעכב עליה ודינא הוא. הלא לא מן הדין כיון שהוא מגלה לבו שאינו חושש לכך ומאי דינא דקאמר. וי"ל לדעת הנמק"י דכיון דכל מקבלי עסקא לא ניחא להו שיפחת הקרן, אפילו בזה ילא מן הכלל בטלה דעתו ואין שומעין לו וחבריה מעכב כיון דרובא דמקבלי עסקא קפדי שלא יפחת הקרן בתר רובא אזיל ומעכב על ידו ודוחק. ומאי דקאמר דינא הוא וכו' אינו דין גמור אלא דינא לפי מאי דנהיגי כל מקבלי עסקא שמקפידין שלא יפחת הקרן וק"ל.

ובשיטה המקובלת תירלו לקושיא זו באופן אחר דלעולם דמההיא עסקא עלמה מליה וא"ת פשיטא דדינא הוי הכי דאתי רווחא וממלא לפסידא קמא, ה"מ תוך שנה של אותו עסק שאם היה רולה לחזור באותו עסק ולפלוג רווחא וקרנא לא היה יכול דרווחא לקרנא משתעבד אבל אם נשלם זמן העסק שאם היה רולה לחזור בו היה יכול אם הפסיד בשנה ראשונה ל' דינרין מן הקרן ולא אודועי לבעל הממון כלום שלא יאמר תא ונפלוג שאם היה רולה היה יכול לו' לו כן ולחלוק והוא שקיל באותו הפסד תרי תלתי אבל לא אודעיה ולא חלקו ונשאר העסק בידו שנה אחרת והרויח בו יותר ממה שהפסיד בראשונה או כמו שהפסיד, קמ"ל רבא דכיון דלא פליג בהדיה בשתא קמייתא דהוה ביה פסידא, דינא הוא דא"ל להכי נתכוונת ומחלת על זה כשלא רלית לחלוק עמי כי היכי דלא ליקרו לך מפסיד עסקי ועכשיו אתה רולה לחזור בך ממחילתך לפיכך אין שומעין לו ע"כ משם הר' יהונתן. וכמו כן כתוב בשיטה מקובלת בשם הרא"ד ע"ש.

תו אמרי' בפ' המקבל אמר רבא הני בי תרי דעביד עסקא בהדי הדדי ורווח וא"ל חד לחבריה תא לפלוג אי א"ל אידך נרוח טפי דינא הוא דמעכב דאי אמר ליה הב לי פלגא דרווחא א"ל רווחא לקרנא משתעבד ופירש"י שמא בסחורה שנעשה עוד נפסיד ולריך שיהא הריוח קיים להשתכר בו עד כדי למלאת הקרן. ואי א"ל הב לי פלגא רווחא ופלגא קרנא א"ל עסקא להדדי משועבד. ואם א"ל נפלוג רווחא ונפלוג קרנא ואי מטילך פסידא דרינא בהדך א"ל מזלא דבי תרי עדיף ע"כ. ומזה למד הרמב"ם בפ"ד מה' שלוחין בשותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות לזמן קלוב כל אחד מעכב על חבירו ואינו יכול לחלק עד שיגיע הזמן ואין אחד מהם יכול ליטול חלקו מן הקרן ולא בשכל ע"ס הזמן. וכתב מרן בכ"מ ובית יוסף ח"מ סי' קע"ו, דלמדה מדין מקבלי עסקא יעי"ש. אלא דמרן בב"י כתב דלהרא"ש והתוס' חלוקין שכתבו דמקבל עסקא יכול לחזור בתוך הזמן כדין פועל הוא הדין לשותפים דיכולין לחזור תוך הזמן. ועיין במהרי"ט ח"א סי' ק"מ ומוהר"א ששון סי' קי"ג ומהרשד"ם שחלקו עליו בזה וס"ל דדוקא מקבל עסקא מלי הדר ביה כדין פועל אבל שותפין לא מלו הדרי בהו יעי"ש. וכתב מוהר"א ששון שגם מרן בשלחנו הטהור חזר בו יעי"ש סי' רנ"ז. ומ"מ נ"ל דאפילו לדעת מרן דכתב דהרא"ש פליג והדר"מ היינו דוקא לענין שאם ירלו לבטל השותפות תוך זמנם דמלו הדרי בהו. אך לענין לחלוק הקרן או הריוח תוך הזמן בזה ודאי דבין בשותפין ובין במקבלי עסקא אין יכולים לחלוק תוך זמנם ודין א' להם לכ"ע ואפי' לדעת הרא"ש ודעימיה דמאחר שאינם רולים לחזור מהשותפות או מהעסקא שרלונם להיות שותפין או מתעסקין יחד רק שרלונם לחלוק בריוח או הקרן לכ"ע לא מלו הדרי אי משום דרווחא לקרנא משתעבד אי משום דעסקא להדדי משתעבד אי משום דמזלא דבי תרי עדיף כל חד וחד לפי הטעם האמור בש"ס כנ"ל ברור. וכן מבואר מתוך דברי תלמידי הרשב"א והר"ן והנמק"י שזכרנו לעיל במימרא קמייתא דרבא כמאן דקביל עסקא מחבריה ופסיד טרח ומליה ולא אודעיה במ"ש ליישב דנימא רווחא לקרנא כאשר הזכרנו דבריהם לעיל.

אך זה ראיתי להש"ך בי"ד ס"ק ס"ג עמ"ש מרן בשה"ע סעיף ל"ה שנים שקבלו עסקא מא' לזמן ואמר אחד לחבירו בתוך הזמן נחלק העסקא וכו' אין שומעין לו ואפילו אם יאמר אני אקבל אחריות בחלי שלך וכו' אין שומעין לו ואפי' אם יאמר ישאר הקרן בין שנינו ולא נחלוק רק הריוח אין שומעין לו. וכתב על זה הש"ך הטעם דמזלא דבי תרי עדיף ש"ס עכ"ל. והתמיהה מבוארת דבשרולה לחלוק הריוח לבד אין הטעם משום מזלא דב"ת עדיף אלא הטעם הוא משום דרווחא לקרנא משתעבד והך טעמא דמזלא לא נאמר אלא כשאומר לחלוק גם הקרן ואי מטי פסידא לך דרינא בהדך. וא"כ איך הש"ך נקט הך טעמא דמזלא דבי תרי, ואיברא דהתוס' כתבו דהך טעמא דמזלא דבי תרי שייך לכלהו אלא דעדיפא מיניה נקט יע"ש מ"מ כיון דהש"ך נקט אידך טעמי תמאי הש"ס נקט לטעמא דמזלא דבי תרי שלא יאמר כן בש"ס. שוב מלאתי מנוח להש"ך על פי מ"ש בשו"ת הרב בפ"מ בח"ב סי' ק"ז במ"ש בפרוש דברי התוס' הנז' עיין עליו ותמלא מנוח ליישב דברי הש"ך קאינו ובואה.

המורם מזה הוא דבין בשותפין שנשתתפו לזמן ובין במקבלי עסקא לזמן אם באו לחלק הריוח או ההפסד תוך הזמן אינן יכולין מטעם דרווחא לקרנא משתעבד. והשתא אבא לנ"ד דבין לדעת הר"מ דס"ל דאפי' שהטילו כולם לחלקים כל אחד סך ושנים מהם מתעסקים והא' אינגו מתעסק שדינן כדין מתעסקים, ובין להרי"ף והסמ"ג דס"ל דכל שהטילו לכים יחד אף שאחד אינו מתעסק שיתוף מקרי ולא עסק. הדבר היוצא לנ"ד דבין אי דינן כשותפין או כמתעסקין אין להם רשות לחלוק לא בהפסד ולא בריוח תוך הזמן שקבעו וא"כ זה שכתוב בשאלה שבכל שנה היו עושים חשבון לדעת מה שהרויחו או אם הפסידו כיון שקבוע להם זמן לג' שנים היאך היו מסדרין חשבונם והלא לא היו יכולין לחלוק אלא עד סוף הזמן שקבעו, אלא ודאי זה מורה באלבע שכך התנו מתחלה שאף שקבעו זמן לג' שנים מ"מ הטילו תנאי ביניהם שבריוח או בהפסד יחלקוהו שנה בשנה וכיון שכן באו לדין ההגהות אשירי שכתבו אהך מימרא דרבא דאמר האי מאן דקביל עסקא מחבריה ופסיד ולא אודעיה טרח ומליה וכו' הטעם דכשהודיעו חולק בהפסד מיד ולא אמרי' רווחא לקרנא משתעבד היינו משום דהיו רגילים לחלוק בריוח ובהפסד מיד כנז' לעיל. אמור מעתה בנ"ד שכך התנו ביניהם לחלוק בריוח ובהפסד שנה בשנה דתנאם קיים וכיון שכבר הודיעוהו מיד שהפסידו בהורדת הזולו' מערך ל"ב לערך ל' לפי גזרת המלכות, א"כ מיד מוטל על ראובן לתת חלקו בהפסד לפי ערך

הדמים

סי' קע"ו דלהרי"ף והסמ"ג וכו' אין קרוי עסק אלא שיתוף וכו' עד לזה אני אומר דהר"מ פליג עליהו וכו' וכיון שכן לא מפסי' מחלוקת בין הרי"ף והר"מ וכו' אלא נימא דע"כ לא קאמר הרי"ף וסמ"ג אלא לעניין ליטול שכר טרחו וכו' אבל לענין ‏לגבות הגרוש לערך שבעים כי כ"ד וכו' כ"ע מודו דהוי רבית עכ"ל יע"ש. הרי דסרכין תלתא מוהרש"ך ומוהרי"ט ומוהר"א די בוטון שוין לדעת א' שיטול לפי הערך שהיה שוה בעת שנשתתפו ואפי' שהתנו בריוח ובהפסד שיתחלק לחלקים, הפך מוהרש"ך והר"מ גאלאנטי הנז'.

ולדעתי דעת הדיוט נ"ל דאלו ואלו דברי אלקים חיים ולא פלגן בהדייהו והוא זה דבנדון הרש"ך והר"מ גאלאנטי מיירי דכולם היו שותפים בעסק ונושאין ונותנין יחד הילכך העלו דיטלו לפי המעות ולפי תנאם למר לפי הנדון שלו ולמר לפי הנדון שלו, הא אילו היה השותפות בסתם, או שהתנו לחלק חלק כחלק היה כל הריוח וההפסד ביניהם חלק כחלק כדינא דגמרא דמיירי כשהם מתעסקים כולם ונושאין ונותנין יחד וכ"כ הר"מ גאלאנטי בתשו' סי' ל"ח יע"ש. אבל בנדון מהרח"ש ומהרי"ט והרא"ד"ב מיירי בעסקא דבנדון מוהרח"ש אחד שם המעות ואחד היה מתעסק אבל בעל המעות לא היה מתעסק כלל. וכן בנדון מהרי"ט אחד נתן המעות ואחד היה מתעסק. וכמו בנדון הלחם רב כמבואר שם. והילכך העלו דיטלו לפי ערך ששמו הגרוש בעת השותפות, אבל לעולם היכא דהכל מתעסקים בשותפות ודאי דיטלו בין בריוח ובין בהפסד לחלקין שוין ובזה נמלאו אלו ואלו דברי אלקים חיים כנ"ל ברור.

ולפום מאי דכתיבנא הרי אתה דן לנ"ד ששמעון ולוי מתעסקים וראובן אין לו עסק בשותפות וידיו מסולקות רק ששם סך מה עמהם, הגם דהתנו לחלק הריוח וההפסד לחלקין שוין מ"מ בענין הזולו' הדין נותן שיטלו אותה לערך ל"ב מי' בערך ששמו אותה בעת השותפות ובהכרעת כל הפוסקים שזכרנו כנלע"ד בענין חלוק סך הקרן אשר שמו כדבר האמור. וחלוק זה שחלקתי בין כשכולם עוסקים כא' בשיתוף, ובין כששנים מתעסקים אמת שקימתיהו מסברא מכח דברי הפוסקים כנז"ל. שוב מלאתי חילוק זה דומה לו שכתבו הר"מ גאלאנטי בסי' ל"ח עיין עליו והוא ברור, זאת לא זאת דמאחר דבשטר השותפות כתוב דראובן שם כ"כ גרוש ושמעון ולוי כ"כ גרוש ולא הוזכר לבנים או מי' שעולים כ"כ גרוש. דהנה כי כן הדבר פשוט, שיטלו הגרוש לערך אשר היה בעת השותפות ובטעמא תרילא שכתב מהרש"ח בסי' ס"א, יעי"ש ואין לרך להאריך עוד.

ואשיבה ידי לענין הריוח איך יתנהגו בחלוקתן בערך הזולו' דהם באו לדון מכח הסברא הדעת נוטה דודאי דראובן יטול חלק הריוח בערך שנטלו שאר השותפין מידי שנה ושנה של משך השותפות באיזה ערך נטלו הזולו' מהריוח לחלקם. וכמו כן יטול ראובן אין נגרע מערכם. ודוגמא לזה תמלא בשו"ת הלחם רב סי' קי"א עיין עליו, אך מה שכתוב בשאלה שמיד בשנה ראשונה שהוזלה הודיעו לראובן שרלונם לחלק ההפסד המגיע לפי חשבון כל אחד מהם השיב להם שיכתבוהו בפנקס ולבסוף בהפרדם מהשותפות יטלו כל אחד חלקו המגיע לו וכו' לא ידעתי כונתם בזה למאי נ"מ.

ותו מאי דעתיה דראובן שרולה ליטול כל סך הריוח שעלה לו בשנים שעברו עד היום לערך ל' ובאיזה טענה מלא ליטול לערך ל', וכמובן אללי דטענת ראובן היא הבאה מחמת טענה במה שידוע דרווחא לקרנא משתעבד. והנה כי נן דעתו היא שימלאו כל ההפסד שאירע בקרן בהורדת הזולו' לערך ל' מי' ימלאו ההפסד ההוא מהריוח שהרויחו עד כדי שיחזור הזולו' לערך ל' מי' ממה שהרויחו השמים, לכן רלונו ליטול כל הריוח לערך הזולו' ל' מי' אחר שימלאו ההפסד מהריוח שהרויחו דרווחא לקרנא משתעבד זו היא תורף טענת ראובן. ועל כל אלה נ"ל דלא לדק ראובן בטענתו זו כלל ושמעון ולוי דינא קא תבעי והדין עמם, והוא דהלא ידעת מחלוקת שיש בין הרי"ף והסמ"ג עם הר"מ בשנים שנשתתפו וכל אחד הוליא סך מה, רק האחד לבדו הוא מתעסק בהם דלדעת הר"מ כיון שאין שניהם מתעסקים כא' דין עסקא יש לו דהוי פלגא מליה ופלגא פקדון. ולריך לחלק הריוח וההפסד בדין העסקא או שיטול שכר טרחו. ודעת הרי"ף והסמ"ג ז"ל כיון ששניהם הטילו לכיס אף שהאחד מתעסק לבדו שיתוף מקרי ולא עסק וחולקים הריוח וההפסד כמו שירלו כמבואר בית יוסף בי"ד סי' קע"ז והזכרנוהו לעיל. ובשלחנו הטהור לא גילה דעתו כמאן ס"ל רק מור"מ בהגהה סי' רנ"ז ס' ג' הורה כדברי הרי"ף והסמ"ג יעי"ש. והואיל וכן בנ"ד ששמעון ולוי הם המתעסקים בשותפות ולא ראובן לדעת הר"מ דקרי ליה עסקא, הוכרחו להודיעו מיד שהוזלה הזולו'. והוא דאמרי' בהמקבל דף ק"ה אמר רבא האי מאן דקביל עסקא מן חבריה ופסיד טרח ומליה ולא אודעיה לא מלי א"ל דרינא מהאיך פסידא בהדי. ופירש"י לא מלי למי' בתר דמליה דרי מהך פסידא קמא וכו' דאמר ליה להכי טרחת ומליתיה כי היכי דלא לקרו לך מפסיד עסקי'. ופירש"י דאמר ליה להכי טרחת ומליתיה וכו' דעד לא אודעתן מעקרא נכלם הייתי בדבר ואדעתא דמלוי קרנא טרחת ע"כ. ומרן הב"י בי"ד סי' קע"ז כתב בשם תלמידי הרשב"א דאע"ג דאמרי' בסמוך רווחא לקרנא משתעבד וכו' שאני הכא דאכתי ליתיה לרווחה הילכך אי אודועי א"ל דלא בעי לאעסוקי ביה אא"כ פלוג ברווחא דינא קאמר דהא יכיל למהדר ביה אפילו כשקבע לו זמן דמ"מ פועל הוא ויכול לחזור אפי' בחלי היום אבל התם הא איתיה לרווחא והא אשתעבד לקרנא דנהי דמלי למיהדר ביה דלא להעסוקי ביה מ"מ לאו כ"כ למפלגו לעסקא מקמי זמניה ולא לרווחא דאיתיה דאיהו נמי לקרנא משתעבד ע"כ. והן הן הדברים שהביא הנמק"י. וכך כתוב בשיטה המקובלת בשם הר"ן יע"ש. ועם שהדברים ברורים מ"מ נבאר דבריהם דבשלמא דרישא דעדיין לא היה הריוח כלל הו"ל כאלו עדיין לא התחיל בעסק וכל שהודיעו שהיה הפסד ורלונו ליטול הימנו ההפסד הרשות בידו להתנות עמו ולו' לו איני מתעסק כי אם ע"מ שתחלוק מיד בהפסד ובריוח ואיני רולה שתאמר לי רוחא לפסידא דקרנא משתעבד כי אין רלוני בכך ואם אין את מתרלה בכך הריני חוזר בי ויכול לחזור בו כדין פועל וקביעות הזמן כמאן דליתיה. משא"כ בסיפא שכבר היה ריוח בעסקא שנתעסקו שניהם הגם שיכולין לחזור מהעסק שדינן כדין פועל דחוזר בו, מ"מ מאחר שכבר הרויחו שוב לא מלו להתנות שיחלקו בריוח ובהפסד תוך זמנם דמאחר שקבעו להם זמן אין להם רשות להתנות וע"כ רווחא לקרנא משתעבד ע"ם זמן קביעותם ולכן מעכבי אהדדי כן נראה ברור בכונת החילוק וק"ל.

אמנם בהגהות אשירי חילקו באופן אחר דהכא מיירי שהיו רגילין לחלק מיד כל הריוח וריוח שהיה בא להם וכן ההפסד הילכך כל שהודיעו לריך לחלק ההפסד. אמנם בעובדא שנית משמע שהיו רגילין שלא לחלק עד הזמן ולהכי אמרינן דרווחא לקרנא משתעבד יעי"ש.

ואת זה חזיתי בשיטה המקובלת שהקשו אהא דאמרינן טרח ומליה וכו' ל"ע מאיזה ממון מליה אי מאותו ממון השיתוף עלמו פשיטא דהא דינא הוי שהרי הריוח ממלא ההפסד כדאמרינן ריוחא לקרנא משתעבד וכו'

דברי הטור כנז' אחר שהוא מבואר בטור והם דברי הברייתא שהזכרנו וק"ל.

ובכן נתתי ♁ לבי לעמוד במ"ש מהרי"ט בח"ב בתשו' דשייכי לח"מ סי' ק"ח דאחר שהביא הסוגייא הנז' ומחלוקת רש"י והרמ"ה כתב וז"ל והיכא דלא שמו מעות בשותפות אלא סחורות שקנו שהיה לכל אחד ואחד חלקו ידוע והיה בהם יוקרא וזולא יש לי להסתפק אם יהא דינן כמעות וכו' והאריך בספק זה והראה פנים לשני לדדין ולבסוף כתב והשתא לפום ריהטא רפייא בידי.

ואנכי הדל כאלפי בתר דלחיכנא צפרא מתותיה דמוהרי"ט ז"ל לא ידעתי מדוע אחזו רפיון בספק זה והניח הדבר בדין ולאו אחרי שמור"ס ז"ל כתב דכ"ש דבנשתתפו בפירות דחולקין לפי מעות א"כ מינה מפשטא ספיקיה דמוהרי"ט דודאי בנשתתפו בסחורות דחולקין לפי מעות. ואפי' דנימא דבימי מהרי"ט לא פשטו הוראות מור"ס בהגהה. מ"מ ק' הדבר איך לא שלטו עיני מהרי"ט ז"ל במ"ש הטור לקח כל א' פירות במעותיו וכו' חולקים לפי המעות ודבריו הם לקוחים מהברייתא שזכרנו לקח זה בשלו וכו' זה נוטל לפי מעותיו וכו', והנה כי כן תו ליכא ספק בדבר דנשתתפו בסחורות ג"כ והם בעין ודאי שדין א' להם כדין נשתתפו במעות וחולקין לפי מעות ומכ"ש הוא, והנה כי כן לא זכיתי להבין אמרי קדוש במה שהניח הדבר בספק תלוי דלדעתי ליכא ספיקא כלל כדכתיבנא ודברי מהרי"ט בזה לריכים לי תלמוד.

איך שיהיה המתבאר מזה הוא דדעת הרמ"ה והר"מ הוא דכל יוקרא וזולא דאתרמי במעות בהיותם המעות עלמן שהטילו לכים קיימין דאז כל אחד נוטל לפי מעותיו אבל היכא דקנו בהם סחורות ואתרמי יוקרא וזולא בטבעא אז חולקים בשוה חלק כחלק, אמנם דעת רש"י הוא דאף בכשאו ונתנו במעות אע"ג דמחמת החילוף אתי רווחא או פסידא לא יטול אלא כנגד מעותיו וכל חד וחד מאי דיהיב שקיל עד כדי סכום המעות שהטילו, ואם הוסיף יותר חולקים בשוה. ונמלא דבמחלוקת תלוי הדבר.

אמור מעתה בנ"ד שכבר הוליאו המעות ששמו בכים וקנו בהם סחורות ואח"כ הוזלה הזולו' דחולקים בשוה חלק כחלק לדעת הרמ"ה והר"מ ושר המסכי'ם לדעתם הוא מרן ז"ל, וזהו אפי' בנשתתפו בסתם כן היה הדין נוטה כ"ש שהתנו ביניהם לחלוק שוה בשוה בין בריוח בין בהפסד דודאי דכל ההפסד דאתרמי בירידת הזולו' דחולקים בשוה לפי המניין ולא לפי מעות, ולדק לפי זה ראובן בדינו שיפסיד חלקו בשיה עם שמעון ולוי כן נר' לדון לכאורה.

אמנם אחר החיפוש באמתחת הפוסקים עד מקום שידי יד כהה מגעת התבוננתי מדבריהם ודבר הלמד מהם דבענין הקרן חולקין הך זולא כל חד וחד לפי ערך מעותיו. דעד כאן לא נאמר דחולקים בשיה אלא דוקא כשכולם מתעסקים ונושאים ונותנים בשותפות כא' איש את רעהו יעזורו משא"כ ששניהם מתעסקים וא' נותן המעות ואין לו עסק בשותפות כיולא דנ"ד דנר' דאז יש לדון דחולקין לפי מעות.

הן קדם ראה ראיתי למוהרש"ך בח"ב סי' פ"ז נשאל שאלה בבד"ך על ג' שותפים ששמו כ"א סך מה, בזמן שהיה שוה הגרוש לק' לבנים ולעת שנמנו לבטל השותפות היה עומד הגרוש לערך ע' לבנים ודברי ריב ביניהם דשנים מהם היו רולים לחלק הנכסים לערך אותה שעה ששוה ע' לבנים. וא' טוען שלא יחשבו הגרוש כי אם לערך אשר שמוהו בתחלה ק' לבנים הגרוש, והשיב הוא ז"ל דאם היה השותפות בסתם נמלא דתלוי הדבר בפלוגתא הרבוותא הוא הרמ"ה ורש"י ור"י שזכרנום לעיל וכפי הנראה אין לשותפין אלו שום עדיפות חזקה על חבירו שיאכל לו' קים לי כהנהו רבוותא דמסייעו לי. אך להיות שחקר ודרש מתוך דברי השאלה שתנאי היה ביניהם בענין החלוקה בין בריוח ובין בהפסד שיהיה איש לפי ערכו, ולפי תנאם זה ודאי דיטלו כל אחד לפי מעותיו לערך הגרוש ק' לבנים, זו היא הסכמת דבריו אך להיות שהיתה תקנה חדשה בעיר דן את הדין שיטלו כל אחד כפי התקנה שתיקנו זת"ד יעוי"ש דרך ארוכה. ולפי דבריו אלו נפקא לן בנ"ד שהיה התנאי לחלוק בשוה חלק כחלק דאין להם ליטול רק כפי תנאם כל חד וחד חלקו שוה לחבירו ולא לערך מעותיו. וא"כ מה שירדה הזולו' לערך ל"ב מי' יתחלק ההפסד בין שלשתן חלק כחלק ולא לפי המעות. כן אני למד לנ"ד מדברי מהרש"ך ז"ל, גם בשו"ת הר"מ גאלאנטי סי' ל' שנשאל בג' שותפין ששמו כל אחד סך מה בזמן שהיה שוה הגרוש לערך ק"י לבנים ושוב ירד הגרוש לערך פ' לבנים ואחד מהם טען שרלונו לקחת לערך פ'. והשאר טענו שיטלו לערך מה ששמו אותם ק"י לבנים, השיב הוא דודאי שיטלו כל א' לערך ק"י לבנים מחמת שכך היה תנאם שכתוב בשטר בפי' אחר שיטול כל אחד מעותיו כמו ששמו מעיקרא לערך הנז'. והביא הסוגיא הנז' וכתב הא קמן דמאן דסתם חולקים בשוה והכא שכתבו בפי' כן ודאי דיטלו לערך מה ששמו זת"ד יע"ש. ומינה לנ"ד שכתוב בסתם שהריוח וההפסד יהיה לחלקים שוין דיש לדון דההפסד של הזולו' יתחלק חלק כחלק ולא לפי המעות וכמו שהוכרחנו לעיל שכן דעת מוהרש"ך זלה"ה.

אמנם חזי הוית למוהר"ש חיון תשו' סי' ס"א שנשאל על ראובן ושמעון שנשתתפו אחד הוליא מאה אלפים לבנים בגרוש לערך ק' לבנים שכך היה שוה בעת ההיא ואחד הוליא ארבעים אלף לבנים ושמעון היה מתעסק בשותפות אמנם ראובן היה בעיר אחרת ולא היה מתעסק כלל ואח"כ ירד הגרוש לערך פ' לבנים ורולה ראובן ליקח הגרוש לערך פ' ושמעון טוען שאין לו ליתן רק לערך ק' לבנים הגרוש כמו שהכניסם. והיה התנאי ביניהם שכל הריוח יתחלק לחלאין זת"ד השאלה. והשיב ששמעון לדק בטענתו ויקבל ראובן לערך ק' כמו שהכניסם יע"ש. הרי שאפי' שהתנו שיחלוקו לחלקים שוין, מ"מ כתב שיטול הגרוש לערך שהכניסו. ונמלא לכאורה שהוא חולק עם סברת מהרש"ך והר"מ גאלאנטי ז"ל הנז"ל דלדעתם כל שהתנו לחלקים שוין נר' שהריוח וההפסד שאירע במעות במשך השותפות שיהא לאמלע לחלקים שוין וכדהוכרחנו לעיל לפי דעתם ז"ל כנז"ל.

גם זה ראיתי למהרי"ט בשניית סי' ק"ח בראובן שנשתתף עם שמעון בסך מה שנתן ראובן לשמעון, והתנו ביניהם שראובן יקח ג' חלקים ושמעון ב' חלקים בריוח וכמו כן בהפסד ועוד שאר תנאים ובכלל הטענות שהיה ביניהם הוא שהגרוש בעת השיתפות היה לערך ק' לבנים וכשקנו הסחורה היה לערך ק"כ לבנים ושוב גזר המלך שלא יעבור הגרוש יותר מפ' וראובן היה טוען ליפרע לערך שמונים זת"ד השאלה למה שנוגע לנ"ד. והשיב הוא ז"ל לטענה זו וז"ל ולענין פרעון המעות מהקרן וכו' שורת הדין נותנת שתמכר הסחורה ויקבל ראובן מעותיו בגרוש או זהוב' כפי מה שהיה שוה הגרוש בעת שנתנס לערך ק' לבנים והשאר יחלוקו עכ"ל יע"ש. הרי שאפי' שהיה תנאי לחלוק ג' חלקים וב' חלקים וכן בהפסד, ועם כל זה הסכימה דעת עליון שיטול הגרוש לערך שהכניסם. וזה כדעת מהרש"ת שזכרנו, גם מוהר"א די בוטון בלחם רב סי' כ"ה נשאל על ד' שנשתתפו בזמן שהיה שוה הגרוש לערך ק' לבנים. וכעת נפחת לערך ע' לבנים והאריך הרב בתשו' הוכיח במישור דאם יטול לערך שבעים דהוי רבית, משום דעסקא הוי פלגא מלוה ופלגא פקדון וכתב עוד ז"ל וכ"ת הרי נר' מדברי השאלה דשמעון לוי ויהודה כל אחד הוליא מעות משלו זולה אלו התש"ן גרוש וכתב הרב ב"י בטי"ד

עם כל זה נ"ל דהיינו דוקא בסבר היתה מעוברת בעת מיתת אביו הלכך הואיל ועובר ירך אמו נוטל פי שנים משא"כ בנ"ד דהשבח ההוא לא היה ולא נברא בעת מות אביו ואחרי מות אביהם אירע מעשה נסים כזה כל כי הא לא הוי כדיקלא ואלים הואיל ואין זה מצוי לכל אדם שיארע לו נס גדול כזה ופשיטא דלא קרינא ביה בכל אשר ימצא לו ולא יטול בו פי שנים דאין לך ראוי גדול מזה. והיה לי מקום להאריך בזה להעמיד דברי הטור והר"מ על נכון ולאהבת הקיצור לא יכולתי כעת. ובע"ה אשנה ואשנה פרק זה.

כלל העולה לנ"ד בענין הבכור נ"ל ברור לדעת הכל דאינו נוטל בשמן הנס פי שנים ולית דין צריך בשש. כנלע"ד להלכה ולמעשה ואל שדי יהיה עם פי לבל אכשל בדבר הלכה וישים בפי מענה ובלשוני לתת לכל שואל די מחסורו כחוט השני, ויזכני להבין ולהורות על דבר אמת ולדק ולהגות בתורתו התמימה כל עוד נפשי בי אף רוחי, ולכל בהן חיי רוחי, אמן כן יאמר ה' צור מחסי מבטן גוחי

ישראל מאיר מזרחי.

סימן ו'.

דין שותפים וירידת המטבעות.

שאלה ראובן שמעון ולוי נשתתפו יחד והטילו לכיס באופן זה שראובן נתן אלפים גרוש ושמעון ולוי כל אחד ת"ק גרוש, ובהיות שמעון ולוי המתעסקים בשותפות ונוטלין שכר טרחם התנו ביניהם שכל מין ריוח שיזמין ה' יתחלק לשלישים חלק כחלק וכן בהפסד ח"ו. ובזמן שהטילו לכיס היתה הזולו' שוה לערך ל"ב חתיכות ולערך זה היה הגרוש ונמשכה שותפותם זה ימים, היינו שמתחלה היתה השותפות לשלש שנים, וכן נכתב בשטר השותפות לג' שנים ושוב נמשכה שותפותם עד ט"ו שנים בלי שטר כ"א בשטר הראשון שהיה להם. ובמשך הימים ירד דבר מלכות שהזולו' תהיה לערך ל' מי' ולא יותר. וכל זמן שהיו מסדרים החשבון לידע מה ירויחו היו מסדרים חשבוני הזולו' לערך ל"ב מי'. וראובן היה מעלה חלק הריוח הנוגע לו לקרן ולא היה נוטלן. ושמעון ולוי היו נוטלים הריוח הנוגע להם להוצאת ביתם. ומניחים מהריוח לקרן קים חלקם הנוגע להם לפי חלק הריוח שהניח ראו'. ד"מ אם היה עולה הריוח ש' גרוש היום הם נוטלין מאה וחמשים להוצאות וחמשים האחרים הנוגע להם מניחין אותם לקרן קים נגד המאה שהניח ראובן וכן ע"ז הדרך היו מתנהגים במשך השותפות. הן היום רוצים להפרד מהשותפות. ודין ודברים ביניהם בין בענין הקרן ובין בענין הריוח ושמעון ולוי טוענים לענין הקרן שכל אחד יטול חלקו לפי ערך הסך שנתן בעת השותפות לערך הזולו' ל"ב חתיכות. וכמו כן יטול ראובן ונמצא לפי זה ראובן מפסיד יותר לפי הסך אשר שם אלפים גרוש, ושמעון ולוי מפסידים יותר מעט לפי ערך הסך אשר שמו ביניהם. וראובן טוען כי אין לי להפסיד זולת לחלקים שוים, כי כן התנו ביניהם שבין הריוח ובין ההפסד יתחלק בשוה, ושמעון ולוי טוענין שזהו דוקא בהפסד ושותפות עצמו, אך בענין ירידת המטבעות אין להם להפסיד רק לפי הממון איש לערך הסך שנתן בשותפות. ומזה נמשך להם גם בענין הריוח דין ודברים שראובן רוצה ליטול כל חלק הריוח שעלה לו כל ימי משך השותפות לערך ל' מי' הזולו' ושגם שמעון ולוי יטלו חלקם בריוח לערך ל' מי' כמוהו, אמנם שמעון ולוי טוענין שיתר הריוח אשר היו נוטלין הם בכל שנה ושנה היו נוטלין הזולו' כפי מה שהיה שוה באותה שנה בין בעליה בין בירידה ואיך הוא רוצה ליקח כל הריוח לערך ל' מי' כל ימי משך השותפות.

גזוד טוענין שמעון ולוי שמיד בשנה שהיה ל"א הזולו' כשסדרו חשבונם אמרו לראובן שרצונם לחלק הפסד הזולו' לפי חשבון כל אחד מה שנתן. והשיב להם ראובן מה לכם עכשו בזה העלו אותם על ספר הזכרונות בפנקס החשבונות. ולבסוף כשנפרד מהשותפות יעלה כל אחד חלקו המגיע לו. והאמינו לדבריו בחשבם שיטלם לערך ל"ב מי' ולכך חזרו והחזיקו בשותפותם כאשר בראשונה. אמנם אם היה אומר להם מיד שאין רצון ראובן לחשוב הזולו' כי אם לערך ל' מי' מיד היו מבטלין שותפותם והיו נפרדים איש מאת רעהו, גם בשטר שותפותן כתוב כשראובן נתן כ"כ גרוש לעסק השותפות ושמעון ולוי שמו כ"כ גרים. אבל לא הוזכר כ"כ מי' אלא גרוש. יורינו המורה לצדקה כדת מה לעשות ואיך יתנהגו בסדר חלוקתן ויבא שכמ"ה.

תשו' הנה דאמרי אינשי דישראל. מגלגלא אידנא על רזא דנא להחויא אמרי קושט דין אמת לאמתו אמן כן יאמר האל, ואען ואומר עיקרא דהאי מלתא פרשה פתוח בפ' מי שהיה נשוי אמר שמואל ב' שהטילו לכיס זה ק' וזה ק"ק השכר לאמצע ופרכי' ממתני' ג' שהטילו לכיס פחתו או הותירו כך הם חולקין מאי לאו פחתו ממש הותירו הותירו ממש אמ"ר נחמן לא, הותירו זוזי חדתי פחתו אסתירא דלוליתא. ופירש"י זוזי חדתי זוזים ישנים דנשאו ונתנו בהם עד שנעשו חדשים ויוצאין בהוצאה הילכך חולקין לפי המעות דכל חד וחד זוזי דיהיב שקיל אבל אם הותירו יתר על החשבון השכר לאמצע והטוח"מ בסי' קע"ו כתב בשם הרמ"ה פי' כגון שנשתתפו במעות ועלה בהם ריוח או הפסד בלא עסק כגון שהוקר המטבע או הוזל או הטילו זוזי פסולים והכשירתן המלכות או מטבע היוצא ונפסל דאפי' לא נשתתפו אלא כל אחד בביתו היה עולה להם הריוח או ההפסד הילכך וכו' לא פליג אלא לפי המעות וכו' אבל אי זבני עסקא בזוזי חדתא וכו' השכר או ההפסד לאמצע דהא רווחא ופסידא מחמת שותפות דידהו קאתי עכ"ד. ולפי דעת הרמ"ה נר' דהא דאמרו השכר או ההפסד לאמצע בשוה היינו דוקא לאחר שנשתנה הקרן וקנו ממנו סחורות דאז רווחא ופסידא מחמת השותפות קאתי וחולקין בשוה, אבל אם גוף המעות שהטילו איתנהו ועלה בהם ריוח או הפסד אז כל חד וחד לפי זוזי דידיה שקיל וחולקין לפי המעות ודעת הר"מ בפ"ד מה' שותפין כסברת הר"מ, וכן פסק מרן בשלחנו הטהור סעיף ה' דהא דחולקין בשוה היינו כשנשאו ונתנו במעות שנשתתפו בהם אבל אם המעות קיימים וכו' חולקין השכר או ההפסד לפי המעות. וכתב מור"ם בהגהה וז"ל וכ"ש אם נשתתפו בפירות והפירות הם בעין שנוטלין לפי המעות ועיין בש"ך וכתב דדייק לה ממ"ש הטור בסעיף ט'. ואפי' אם נשתתפו במעות וכו' חולקין לפי המעות דמשמע דל"מ בנשתתפו בפירות והפירות קיימין עדין דחולקין לפי המעות. אלא אפי' בנשתתפו במעות והם בעיין דחולקין המעות זת"ד הש"ך יע"ש. ועיין בסמ"ע ס"ק י"ז שמ"ש מור"ם וכ"ש היינו לו' דאם אפי' בנשתתפו במעות דסתמן לקנות סחורה עבידי ואפ"ה אמרי' דאם הם קיימין חולקין לפי מעות כ"ש בנשתתפו בפירות דעבידי לחלק דודאי דנוטלין לפי מעות יע"ש באורך.

ולדעתי דברי מור"ם הם מבוארים בטור שכתב בס"ק ט' לקח כל א' פירות במעותיו ונשתתפו ועירבום חולקים לפי המעות והוא מדברי הברייתא דפ' מי שהיה נשוי דקתני לקח זה בשלו וזה בשלו ועירבום חולקים לפי מעות. וכן כתב הב"ח יעו"ש ועיין בפרישה הטעם יע"ש וא"כ אין צורך למ"ש הש"ך דנפקא ליה מדיוק

דברי

הפלה דאין לשותפו חלק בריוח ההוא ככ"ל והוא ברור.

ומזה אנו למדין לנ"ד דריוח מותר השמן הנעשה ע"י נס כיון שאינו מגוף השותפות אלא ריוח חילוני הנעשה ע"י נס יש לדון דהרי הוא לראובן ואין לשמעון חלק בו.

אך אם יש לומר שבנ"ד לא נחשב כשבחא דאתי מגופא הוא ממה שמלאנו ראינו בענין אשת עובדיה שנעשה לה גם כזה בשמן וכשבאה אלל אלישע ואמרה לו אין לשפחתך בל כי אם אסוך שמן. ובזוהר פ' לך לך דף פ"ח אמרו וברכאן דלעילא לא משתכחי אלא במה דאית ביה ממשא ולאו איהו ריקניא מנ"ל מאשת עובדיה וכו' מה כתיב ותאמר אין לשפחתך כל בבית כי אם אסוך שמן מאי אסוך אלא אמרה ליה שיעורא דהאי מבחא לאו איהו אלא כדי משיחת אלבעא זעירא אמר לה ניחמתני דהא לא ידענא היאך ישרון ברכאן דלעילא בדוכתא ריקניא אבל השתא דאית לך שמן דא הוא אתר דאשתכחא ביה ברכה וכו' עכ"ל. אמור מעתה בנ"ד דע"י היות שמן בקנקן ההוא שרתה עליו ברכה ומאחר דהאי שמנא דתרויהו הוי מזל שניהם גרם שתשרה עליו ברכה, שאלולי זה לא היה מקום שתחול הברכה וא"כ זכו בו שניהם דמזל שניהם גרם. דוגמא דההיא דאמרינן פ' המוכר פירות דף נ"ח דאמר רבא האי מאן דקביל חמרא אדעתא דממטי ליה לפרוותא דוול שפט ואדמטי התם זל דינא הוא דמקבלי ליה, איבעיא להו הוה חלא מאי אמר ליה רב הלל וכו' אמר לן חלא לא ופי' רשב"ם משום דמזל שני הבעלים גורם ע"כ יע"ש. והגם דהוי התם לגריעותא, אית לן למימר גם בנ"ד דהוי למעליותא דמזלא דתרויהו גרים שנעשה להם נס גדול כזה. והכי אשכחן באשת עובדיהו שאמר לה אלישע ואת ובנייכי תחיי בנותר ודרשו בתנחומא שגדול הנס האחרון מן הראשון שנשארה הברכה ההיא לה ולבניה עד תחית המתים הביאו הכלי יקר שם יע"ש. אף אנו נאמר בנ"ד שלהיותם שנים נוספה להם הברכה כל כך, וא"כ מלד זה יש לך לומר שזכה שמעון בשמן הנס, דאטו שותפין שנשתתפו בכל ריוח חוץ ממליאה וקנו ממומון השותפות בדיל והושם בבית אחד מהם, ושוב נמלא הבדיל ההוא כסף או זהב, היעלה על לב דלא יזכה השותף האחר בו, זו הסברא נותנת דודאי הכל הוא לאמלע הכי נמי בנ"ד דכותה דזכו תרויהו, ואיברא דיש לחלק בין הנושאין דשאני בבדיל ונמלא כסף או זהב איהו גופיה מה שקנו בתחלה בין במשקל בין במנין דאם ד"מ קנו מאה או מאתים אתי' בדיל שמשקלם כך וכך ליטרין אף עתה הם מנינם דתחלה אם מאה מאה ואם מאתים מאתים וכן במשקלם הליטרין דהיו בעת הקניה גם עתה הן הן רק שבמקום בדיל הם כסף או זהב, משא"כ בנ"ד דפנים חדשות באו לכאן דבמקום מה שקנו מתחלה כ"כ כדים הרי היום לעת מלוא הרי נעשו אלף כדים לפי ברכת ה' ונמלא דאין זה השמן הקנוי מתחלה לא במשקל ולא במנין וליכא לדמויי לההיא דבדיל כי יש הפרש ביניהם כאמור, והוי שבחא דאתי ממילא מאחר דפנים חדשות באו לכאן משא"כ בבדיל ונמלא כסף דהוי שבחא דאתי מגופא והו"ל כאילו אייקר הבדיל ולכן חולקין ביניהם. אבל הכא לא דמי לה כלל, ואדרבא יש לי לדמות נ"ד לנכסי הגר דהוו הפקר וכל המחזיק בהם קנה ואמרינן בפ' חזקת דף נ"ד אמר רבי ירמיה בירהא אמרינן האי מאן דשדא ליפתא בי פילי דארעא דגר לא הוי חזקה מ"ט בעידנא דשדא לא הוי שבחא השתא דקא שבח ממילא קא שבח ע"כ, הרי דאף דע"י השלכת זרע הלפת בקרקע ע"י זה גדלו אפ"ה הואיל ולא עשה מעשה בגוף הקרקע לא קנה דהוי שבחא דממילא, ה"נ בשמן זה דהוי מעשה נסים אע"ג דמכח היות בכלי שמן אירע נס זה כמ"ש בזוהר כנז', מ"מ הואיל ולא עשה שום מעשה לזכות בשמן הנס הו"ל שבחא דממילא קא שבח ואין לראובן ולא לשמעון שום חלק במעשה נסים זולתי אשתו היא הזוכה בשמן ההוא.

ותו נ"ל טעם אחר לדון בנ"ד דלא זכה שמעון. והוא דהלא ידעת מחלוקת קדומה שנחלקו הראשונים בענין השותפין בכל מה שירויחו ומליאה הובאה בטח"מ סי' קע"ו מערכה מול מערכה שדעת הר"מ פ"ד משותפין והג"ה פ' האומנין והרמב"ן דהואיל ואין אדם מקנה דשלבל"ע ה"נ שותפין לא קנו אמנם הרא"ש והרשב"א ומוהריק"ו ס"ל דקנה. ומרן הב"י הביא דבריהם באורך, ומ"ש הרב בעל העיטור יע"ש. ומרן שם בס' הקלר פסק כדעת הר"מ יע"ש. ומורם בהגהה הביא ס' החולקין יע"ש, ומוהרשד"ם בח"מ סי' קנ"ד הביא מחלוקתם והעלה דכל שהוא תפוס אין שכנגדו יכול להוליא ממנו יע"ש. ולפי זה בנ"ד אפי' אם היו מתנים מתחלה על מעשה נסים זה הואיל והוי פלוגתא דרבוותא הי"ל לומר דמאחר דראובן תפוס לא זכה שמעון מטעם דהוי דבר שלא בא לעולם ואין התנאי מועיל לדעת הר"מ וסיעתיה ומרן אשר הוא שר המסכי"ם על ידו ואנן קבלנו הוראותיו ואין לנו לזוז מהוראות מרן בכל תפולות א"י וערביסתאן ואין דנין קים לי פשיטא דלא קנה שמעון, אלא אפי' במקומות דאזלי בתר קים לי אם ראובן הוא תפוס בשמן ההוא ודאי דמלי למימר קים לי, כהר"מ ודעימיה וזכה בשמן ההוא.

וכל זה בהנחה סוברת שמתחלה היו מתנין כן בפירוש כן היינו דנין כאמור עאכ"ו שמתחלה כשנשתתפו לא התנו בפי' שאם יארע איזה נס בשמן יהא לאמלע ולא אסיק אדעתיהו להתנות בדבר זה. ואדרבא התנו בהפך שבמליאה לא יהא לאמלע זה מורה דאין רלונם לחלוק אלא בכל מה שירויחו בכל העסק ההוא יהיה באיזה אופן שיהיה אבל בדבר שאינו רגיל והוה כמו מליאה אין רלונם להשתתף והויין ידים מוכיחות שגם אם יארע נס כזה בשמן הואיל ואינו הוה ומלוי אין רלונם לחלוק ממה שהתנו גבי מליאה שלא יחלוקו ה"ה בנס כזה. ואף אם נאמר דהוי כשבחא דאתי מגופא מ"מ הואיל ואינו הוה ומלוי דיינו שנאמר דמהני לחלוק אם היו מתנים כן בפי' דאפי' דהוי דבר שלא בא לעולם מאחר דהתנו מהני וכדעת רובא דרבוותא דסברי הכי, אמנם מאחר שלא התנו כן בפי' בעת השיתוף משום דלא אסיק אדעתיהו להוות דאינו הוה ומלוי והוי דבר שלא בא לעולם כל כי הא לית דינא ולית דיינא. ואף החולקים על הר"מ וסיעתיה כ"ע סברי בנ"ד דפשיטא דלא קנה שמעון מאחר דלא התנה כן בפי' ואין לך דבר שלא בא לעולם גדול מזה דלעולם לא יארע נס כזה לכל אדם זולתי אחד מעיר וכיסא שאני דפשיטא ופשי' דהוי דראובן לבדו ואין לשמעון חלק כלל בנס ההוא.

ובכן קם דינא בנ"ד דפשיטא דהוי דראובן ולא לשמעון כלל כנלע"ד, גם לענין ירושת בנו הבכור פשיטא לי דהוי ראוי ולא קנה דהא בכל אשר ימלא לו כתוב וזה לא מיקרי מלוי וזה ברור אין לורך להאריך בראיות בזה, ולא מיבעיא לדעת הטור בח"מ סי' רע"ח דס"ל דאין הבכור נוטל פי שנים בשבח שהשביחו הנכסים ואפי' אם היתה להם פרה מוחכרת או מושכרת ביד אחרים או שהיתה רועה באפר שאינו נוטל פי שנים לא בולד ולא בשבח שהשביח גוף הפרה משום דס"ל דהך ברייתא ר' היא ולא קי"ל כר' מחבירו וכמ"ש בדרישה בכונת דברי הטור באורך יע"ש, דהשתא לדעתו גם בנ"ד הגם דהוי שבחא דממילא ודאי לא שקיל דראוי הוא ואין הבכור נוטל בראוי, אלא אפי' לדעת הר"מ החולק וס"ל דבפרה מוחכרת או מושכרת והיתה רועה וילדה הבכור נוטל פי שנים משום דס"ל כאוקמתת רב פפא וכמ"ש המ"מ שם, מ"מ טעמא דילדה משום דהעובר הוי ירך אמו כאשר יראה הרואה ולא אשתני

עס

המליאות. א"כ הוא הדין והוא הטעם לשמעון דאפי' שהמרקף ההוא היה מושכר לשניהם לא זכה בו שמעון מאחר דאינו דבר השוה ורגיל דחד דינא אית להו וראובן זכה מכח אשתו כדכתיבנא.

ומכלל הדברים אתה למד בנ"ד דאפי' אם היו שותפין בתחלה לכל דבר ואפי' מציאה בשוק, עכ"ז במציאה כזאת שאינו הווה ורגיל פשיטא שאינו נכנס בסוג תנאם, דאדעתא דהכי לא נחתי מתחלה מכ"ש דבנ"ד התנו בפירוש חוץ ממציאה דודאי הדבר ברור דכל השמן הנעשה בו נס של ראובן הוא בדוקא שזכה בו מכח אשתו, ובזה הותר הספק הראשון.

ומעתה אניף ידי אל צד הספק השני אי הוי כאייקר שמנא ודמי לשבחא דאתי מגופה דלכאורה יראה דודאי לא הוי כשבחא דמגופה וזה ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ט בסוף הכלל על שותפין ד' שנשתתפו בסחורה שיטול כל אחד רביע בין בשכר בין בהפסד והוזלה הסחורה ת' זהובים ומגיע לכל אחד מאה זהובים לחלקו ונתפשרו שני השותפין בסך שלש מאות זהובים ונפטרו ונשאר הוא עם אחר בשותפות ותובע מאה זהובים מחבירו והלה טוען שיתן לו חלקו במאה זהובים שלקח יותר מהשני שותפין והלה משיב אם הרוחתי בזה אין זה מענין הסחורה כי לא נתיקרה אלא דבר חילוני הוא. והאריך השואל בזה והרא"ש זיכהו בק' זהובים שהכל הם לראובן ולדק בטענותיו יע"ש. דון מינה לנ"ד דמאחר דלא אייקר שמנא אין הנס ההוא בכלל השותפות ודבר חילוני הוא והרי הוא לראובן לבדו.

איברא דסיים הרא"ש בתשו' הנז' בסופה וז"ל אמנם לפי מ"ש בשטר שעשה ראובן ליהודה כשנשתתפו עמו וכל מה שיזדמן ריוח מכל דבר מכל זה אחר שיוציא הוצאה יחלקו אלה הג' שותפים וכו', יש לדון אם זה הלשון כולל כל הריוח שיזדמן וכו' או שמא וכו' וכו' דוקא שלא היה דעתם אלא במה שירויחו וכו' אבל אם הרויח שותף אחר עם חבירו לזה לא היה דעתם כלל עכ"ל. ולכאורה נר' דהרשב"א בסי' אלף כ"ז חלוק עם הרא"ש שנשאל שנים שנשתתפו בכל מה שירויחו הרי הם נעשים כשכיר זה לזה והו"ל כשוכר את חבירו ללקט מציאות דקנה הלה וכל מה שהרויחו הרויחו לאמצע, ואם אמר לצורך עצמי זכיתי אינו נאמן דכיון דשכיר הוא מן הסתם לצורך משכיר הוא מגביה וכו' יע"ש, וכ"כ בס' תולדות אדם להרשב"א סי' קכ"ז יע"ש. וזה יורה דחלוק עם הרא"ש שהרי אפי' שהיה כתוב וכל מה שיזדמן ריוח מכל דבר אפי"ה העלה הרא"ש דמה שהרויח שותף אחר עם חבירו אינו בכלל, ואילו לטעמו של הרשב"א שדימהו לשכרו ללקט מציאות נראה דהכל הוא לאמצע, והיה נ"ל לתרץ לזה והוא במ"ש בפ"ק דמציעא דף י"ב ע"ב אמאי דתנן מציאת עבדו ושפחתו העברים הרי היא של עצמן והקשו אמאי לא יהא אלא פועל ותניא מציאת פועל לעצמו וכו' והרבה תירוצים נאמרו בזה ורב פפא אמר כגון ששכרו ללקט מציאות וה"ד דאקפי אגמא בכורי ע"כ, ופירש"י היכי דמי דאיתרמי דמקפו וכו' שלף הנהר חוץ לגדותיו ולפו הדגים שם וכשיבשו המים היוצאים נמלאו שם דגים הרבה ע"כ, ופשט דברי רש"י מוכח דדוקא הדגים הנמצאים הוא לבעל הבית אבל אם מצא שם כיס של דינרים או מציאה אחרת זולת הדגים הויא דפועל אכן מדברי הר"מ ספ"ט דשכירות משמע שכל מין מציאה הוי דבעה"ב, שכתב ז"ל אבל אם שכרו ללקט מציאות וכו' הרי מציאתו לבעה"ב ואפילו מצא כים מלא דינרים ע"כ.

והשתא לדעת הרשב"א שדימה דין שותף לשוכר חבירו ללקט מציאות י"ל דס"ל בההיא דמציאות כדעת הר"מ ז"ל דכל מין מציאה הוי דבעה"ב ולכן שותף נמי דכותה וכל מין ריוח הוי לאמצע. אמנם הרא"ש ס"ל בההיא דשכרו ללקט מציאות כפירש"י דדוקא דגים הוו דבעה"ב ולא מציאה אחרת, ולכן דן הרא"ש בתשו' הנז' דאין ליהודה חלק במה שהרויח עם שותף אחר כיון דהוי דבר חילוני ונמצא דפלוגתיהו הוי כפי' רש"י והר"מ כדבר האמור.

אבן נרתעתי לאחורי שהרי הטור בחושן משפט סימן ע"ר בההיא דשכרו ללקט מציאות פסק להדיא שכל מין מציאה הוי דבעה"ב ואם איתא דהרא"ש פליג וס"ל כפירש"י לא הי"ל להטור לפסוק הפך דעת אביו הרא"ש מאחר דבכל פסקיו נגרר אחר דעת אביו הרא"ש אלא ודאי זה יורה דס"ל שגם דעת הרא"ש היא כדעת הר"מ בההיא דשכרו ללקט מציאות שכל מין מציאה הוי דבעה"ב. וא"כ הדרא קושיא לדוכתין דנמצא דהרא"ש בתשו' הנז' פליג עם הרשב"א וצריך טעם לזה.

ובראותי דברי הרשב"א בס' תולדות אדם סי' קכ"ז שכתב וז"ל שאלת שותפים שהתנו אהדדי שכל מה שירויחו יהא לאמצע וכו' תשו' דבר זה כבר עמדו עליו הראשונים יש מי שאומר שמועיל מטעם מגביה מציאה לחבירו ואין הטעם זה נכון שא"כ אינו קונה אלא כשנתכון זה לזכות לחבירו וכו' ואם רצה לומר אני זכיתי במה שהרוחתי לעצמי נאמן וכו' ויש מי שאומר שכל א' וא' נעשה כשכיר וכו' והו"ל כשכרו ללקט מציאות וזה יותר נכון ע"כ יע"ש.

והשתא יכולני לומר דהרא"ש ז"ל ס"ל דטעמא דשותפין הוי מטעם מגביה מציאה וכדעת יש מי שאומר שהביא הרשב"א ולדידהו אם אמר אני זכיתי במה שהרוחתי נאמן כדין מגביה מציאה ולכן כתב הרא"ש בתשו' הנז' שאין לו חלק במה שהרויח עם שותף חבירו. אבל הרשב"א דמדמי דין השותפין לההיא דשכרו ללקט מציאות וכתב שזה יותר נכון, לכך פסק דהכל הוא לאמצע וה"ה דגם הרא"ש יסביר בההיא דשכרו ללקט מציאות דהכל הוא לבעה"ב וכדעת הר"מ, אלא דשותפין לא דמי אלא למגביה מציאה כאמור. ועם כל זה אינו נוח לי שהרי הרא"ש בפסקיו פ' מי שמת אמאי דתנן הניח בנים גדולים וקטנים וכו' ואם אמרו גדולים ראו מה שהניח לנו אבא הרי אנו עושים ואוכלים השביחו לעצמן וכו' וכתב הרא"ש ע"ז ובסיפא כי אמר ראו מה שהניח השביחו לעצמן ויטלו כל השבח ואע"ג דבשאר שותף אין לו בשבח אלא כאחרים ואפי' אמר ראו הריני לעצמי דשאני שותפין דלהשתכר נשתתפו ומקפידין זה על זה שחבירו ישתכר ולא הוא הלכך לא מחלי אהדדי כלל אבל אחין וכו' עד הו"ל זה נהנה וזה אינו חסר ע"כ יע"ש. הרי לך דס"ל להרא"ש דבשותפין לא מהני אף אם יאמר הריני עושה לעצמי אלא הרי הוא לאמצע מטעם דלא מחלי אהדדי כלל. וזה יורה דס"ל כדעת הרשב"א בתשו' הנז' אלא דפליגי בטעמא למר מטעם דנעשו כשכיר ולמר מטעם קפידה אבל בעיקר הדין שוין הם הרא"ש והרשב"א דהכל הוא לאמצע. והנה כי כן יקשה על הרא"ש בתשו' הנז' דאמאי כתב דראובן זכה בכל הריוח שנמצא סותר עצמו מתשו' לפסקיו. ואין לומר דלא אמרה הרא"ש למלתיה שם בפ' מי שמת אלא בקרקעות אבל בשותפין בסחורה לא דמאי שנא הלא הואיל ועיקר טעמא הוי משום דקפדי אהדדי ולא מחלי כלל מה בין שותפין בקרקע לשאר סחורות הלא חד טעמא לתרויהו. ולכן המחוור יותר ביסוב דעת הרא"ש ז"ל דלעולם ס"ל דבשותפין כל הריוח לאמצע ואף אם יאמר לעצמי הרוחתי לא מהני וכדעת הרשב"א. מיהו היינו דוקא בעסק השותפות עצמו דהתם הוא דלא מהני, אבל בנדון הרא"ש שהריוח ההוא לא קנה בגוף השותפות עצמו אלא הוא ריוח חילוני אף שכתוב בשטר שנשתתפו מכל מה שירויחו מ"מ מאחר דהוא ריוח חילוני לכך העלה

דומה לשוכר וכו' שלא קנה לו הגוף אלא הנאת הגוף ע"כ, הרי הדברים ברורים כמ"ש. גם את זה ראיתי להש"ך שם בסי' שי"ג תמה על תמיהת מרן וכתב דאישתמיטתיה למרן הב"י מ"ש התו' בפ' הזהב יע"ש. ואני בעניי אחר המחילה לא נדק בזה וחלילה לדבר תועה על מאור עינינו מרן הב"י די כל רז לא אנים ליה שנעלמו מעיניו דברי התו', אלא דמאחר שראה מרן מ"ש הר"מ בפ"ז מה' שכירות שפסק דהוי ממכר אלמא דלאו דוקא לענין אונאה אלא אף בקרקעות לכל מילי אמרינן שכירות ממכר ולהכי שפיר קא מתמה על הר"מ והיא תמיהה רבתי ולא אמצא מנוח לזה זולתי מה שהליץ הלח"מ ז"ל דס"ל כס' הנמק"י ודוק. גם הריב"ש סי' שנ"ה אזיל לשיטת הנמק"י יע"ש. מיהו דברי הרא"ש אי אפשר ליישבם עפ"י שיטת הנמק"י יען דעיקר חילוק הנמק"י הוא דמ"ש שכירות ממכר היא היינו לענין הנאת השכירות אבל גוף החצר דבע"ה ניהו, וניחא ההיא דע"ז דאסר להשכיר בהמתו לגוי דהואיל וגוף הבהמה של ישראל הוא הלכך אסיר. וגם דההיא דריאים דפרק הנושא דפסק דשכירות ממכר הוא היינו לענין שלא יוכל לחזור בו המשכיר קודם זמנו משום דכל זמן השכירות חשבינן ליה ממכר ואינו יכול לחזור בו ובזה אין סתירה מדברי הרא"ש אהדדי ושפיר אבל מ"ש בשאלה בענין המליאה דחולקין ביניהם יקשה דאמאי הלא הואיל וגוף החצר הוי דבע"ה הי"ל לפסוק דהוי דמשכיר לחודיה וגמלא דליסוב דברי הרא"ש לא נמלא מנוח.

ואנכי חזון הרביתי להרא"ש ז"ל בפ' הפרה דף ן' אההיא דאמרינן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין ליכנס לחצר הביא דברי התו' דלשם ודברי התו' דכתובות דהקשו דמהש"ס משמע דבשדה ממושכנת אין יכול להקדישה ומאי שנא מהא דאמרינן בערכין המשכיר בית לחבירו יכול להקדישו וכו' א"כ כ"ש ממשכן ותירלו יע"ש. והרא"ש ז"ל כתב וז"ל ומתוך זה נ"ל דבהקדש שחל על גוף הקרקע אעפ"י שמשכנו או משכירו יכול לאסור חלק קרקע שיש בו. אבל איסור הנאה שאין הל על גוף הקרקע אלא אוסר הנאתו על הדר בו כל זמן שהוא שכור ביד אחרים אין ההנאה שלו דשכירות ליומיה ממכר הוא והרי מכר הנאתו אבל בית של שני שותפין אעפ"י שאין בו שיעור חלוקה ואינו יכול למונעו ליכנס בו מכל מקום ההנאה שלו היא ויכול לאסרה. עליו כנ"ל להלכה ולמעשה עכ"ל הרא"ש יע"ש והביאו מרן בטי"ד בה' נדרים סי' רכ"א יע"ש, ומרן בשולחנו שם בס"ס י"א יע"ש. הרי לך מדברי הרא"ש דס"ל כחילוק הנמק"י דמה דאמרינן שכירות ממכר הוא היינו לענין ההנאות. אבל לענין גוף הקרקע דמשכיר הוא דמטעם זה יכול להקדישו כיון דהקדש חל על גוף הקרקע וגוף הקרקע דידיה גיסו זה מורה באצבע דאזיל הרא"ש לשיטת הנמק"י וממ"ש הרא"ש דבשותפין בבית דמאחר דההנאה שלו היה יכול לאסרה כנז"ל מתוך זה יתישב מ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הנז"ל לענין מציאה דהוי כמו חצר השותפין וקנו תרוויהו משום דכיון דשכירות ליומיה ממכר לענין ההנאה הרי השוכר הדר בבית המשכיר הו"ל ההנאה דידיה לענין דתיקני ליה המציאה וא"כ דאם הבית כולו הוא שכור בידו ודאי דהשוכר לחודיה הוא קונה המציאה ההיא ואין למשכיר חלק בה הואיל ושכירות ליומיה ממכר הוא לענין ההנאות והו"ל כאלו מכר לו כל מין הנאה שיבא בבית ההוא, אך בנדון הרא"ש דהמשכיר והשוכר שניהם דרים כאחד בבית ההוא הו"ל כשותפים בבית א' ולכן חולקין המשכיר זוכה מטעם חצירו שהרי אגיד ביה ליה לדירה והשוכר מטעם שהרי מכר לו ההנאות המגיע לחלקו ולכך יחלוקו הואיל ויד שניהם שוה בו כנ"ל ביישוב דעת הרא"ש ז"ל ודוק.

ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת הרא"ש אזיל

לשיטת הנמק"י, וגם הר"מ ס"ל כדעת הנמק"י כמ"ש הלח"מ בפ"ז משכירות כנז"ל אין שום קושי מפסקי מרן אהדדי מאחר דהר"מ והרא"ש שוין לס' הנמק"י. מיהו הנלע"ד בההיא דזבל שפסק דהוי דמשכיר דלדעת הרא"ש מיירי בשלא השכיר לו חצר אז הוי דמשכיר. אבל אם השכיר לו החצר ס"ל להרא"ש דהוי דשוכר ובהא ודאי פליגי הרא"ש עם הר"מ, וההיא דמציאה שפסק מרן דהוי דתרוויהו היינו ודאי מדין שותפין וכאשר הארכנו. וס"ל למרן דגם הר"מ יודה לענין מציאה דהויא דתרויהו מדין שותפין כנ"ל להליץ על פסקי מרן על צד הדוחק. אי נמי כ"ל ביישוב פסקי מרן והוא במה שנלע"ד להליץ בעד הר"מ שתמה עליו הלח"מ בפ"ז דשכירות דמאחר דס"ל דשכירות ממכר הוא אמאי בפ"ו בדין הזבל פסק דהוי דמשכיר. ולעד"ן עפ"י מ"ש הריטב"א הביאו הש"ך בח"מ סי' קנ"ה ס"ק ה' לחלק בין השאיל לו החצר להשתמש בו להיכא דאין לו אלא דריסת רגל וכתב דה"ה למשכיר וכונתו מבוארת דע"כ לא אמרינן דהחצר קנוי לשוכר אלא דוקא כשהשכיר לו החצר להשתמש בו אז קנה כל שבחצר מטעם דשכירות ליומיה ממכר הוא, וההיא דזבל שפסק הר"מ דהוי דמשכיר היינו כשהשכיר לו בית ואין לו בחצר אלא דריסת רגל לבד הלכך כיון שלא השכיר לו החצר להשתמש בו הוי הזבל דמשכיר הואיל ואין לו אלא דריסת רגל. ומ"ש הר"מ דטעמא דזבל שהוא של בעה"ב משום שחצירו של אדם קונה לו אעפ"י שהיא שכורה ביד אחרים לאו אחצר קאי שהיא שכורה ביד אחרים אלא כונתו לומר דאף דהבית הוא שכור לאחרים ויש לו דריסת רגל בחצר, מ"מ הואיל והחצר לא שכרה לשוכר לשימוש נשאר החצר בחזקת בעה"ב ולהכי זכה בזבל והיינו כדאוקמו בש"ס בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא, ובזה אין מקום להשגת הראב"ד ז"ל שם מאחר דגם הר"מ מיירי בלא השכיר לו החצר לשימוש כנלע"ד ודלא כמ"ש הרב המגיד, ועל פי זה אזדא לה תמיהת מרן בסי' שי"ג שתמה מההיא דשכירות ליומיה ואמאי הוי דמשכיר ולפום מאי דכתי' בדעת הר"מ ניחא דאזיל לשיטת הריטב"א שזכרנו, יהוא הוא דעת הטור שם בסי' שי"ג יע"ש, וזהו שלא הזכיר הטור ס' הר"מ ולא כתב אבל הר"מ וכו' כמנהגו בכל מקום דאפשר דס"ל פי' דברי הר"מ כדכתיבנא והיא היא סברתו, והשתא דאתי' להכי נמלא דהרא"ש לא פליג עם הר"מ וס"ל דלעולם שכירות ממכר הוא מיהו היינו דוקא כששכרו להשתמש בחצר הא לאו הכי לא אמרינן ממכר הוא, אלא הרי הוא דבעל החצר מאחר דאין לו אלא דריסת רגל אבל כששכרו לחצר ושניהם משתמשים בו הו"ל כחצר השותפים והזבל דמעלמא שבחצר של שניהם הוא וכמ"ש הרא"ש בתשו' בההיא דמציאה שהובאה סי' ר"ס וכן כתב הב"ח סי' שי"ג יע"ש. אלא דמוסיף אני שגם דעת הר"מ כדעת הרא"ש וכדפרישי' לה ועל פי זה ניחא פסקו של מרן דבסי' ר"ס פסק כהרא"ש ובסי' שי"ג פסק כהר"מ וס"ל דלא פליגי כדבר האמור, מיהו היינו דוקא בהנאת תשמיש הוא דאמרינן שכירות ממכר, ומהאי טעמא אסר בי"ד סי' קנ"א להשכיר החצר לגוי משום שמעמיד שם ע"ז דכיון דעיקר הבית של ישראל אית ביה משום ולא תביא תועבה אל ביתך כמ"ש שם מרן הב"י יע"ש. גם בא"ח לענין שבת אסרינן משום שכירות דכיון דגוף הבהמה דישראל ניהו אסיר דלהא מילתא לא אמרינן שכירות ממכר כנ"ל לדחוק ביישוב פסקי מרן ז"ל ועדין הדבר צל"ת.

ומעתה הדרן למאי דקמן לנ"ד דאם המרתף ההוא הוא בשכירות מדמי השותפות ושכרוהו שניהם להשתמש כי יש צד לומר דזכה שמעון בממון מדין חצירו הקונה לו שלא מדעתו הא לאו הכי לא זכה שמעון. ועל כל אלה נ"ל דמאחר דאסיקנא לעיל דראובן לא זכה בממון ההוא מדין חצר כיון דאין דבר זה רגיל והוה כשאר

המליאית

מטפס ועולה כעת. גם שם הביא המרדכי אירע מעשה לפני ריב"א שמת גר בביתו והחזיק א' מן התלמידים בזהב שבאבנטו וריב"א אמר דלא קניא מטעם חלירו דאפי' חלר המשתמרת אינה קונה דבר שלא היה לו לידע יותר משאר בני אדם ע"כ.

היוצא מן המחובר שרוב בנין ורוב מנין מסכימים לדעת אחת דאף בחלר המשתמרת לענין מליאה לא אמרינן חלירו קנתה לו אלא דוקא בדבר הרגיל והוה להמלא כגון לבי שבור וגוזלות ודומיהן, אבל במידי דלא שכיח לא אמרינן דחלירו קנתה לו. ומעתה הבא נבא לנ"ד דאף אי נימא דהוי מליאה מכל מקום מאחר דמעשה נסים כזה אינו דבר הרגיל ומלוי להיות לא' מני אלף א"כ אית לן למימר דראובן לא זכה בו מטעם חלירו של אדם קנתה לו, אלא הרי הוא של מולאו היא האשה אשת ראובן אשר עשתה מעשה למלאת כלים ריקים ומן השמים ריחמו עליה, אך ורק ראובן בעלה יש לו לד זכות במליאה ההיא מלד אשתו דמליאת אשה לבעלה ואין לשמעון שותפו חלק במותר השמן ההוא דמאיזה טעם יזכה הלא תנאי התנו דבמליאה אין לחלק ביניהם כמוזכר בשאלה. וכן אם היה אירע נס זה בשמן השותפות בהיותו בבית שמעון ודאי דהכל היה לשמעון ואין לראובן חלק בו דחד דינא אית להו. ואם נאמר דיש לד לשמעון לזכות אף שאירע הנס בבית ראובן מטעם שמתחלה כשהכניס ראובן השמן בביתו הו"ל כאילו השאיל לו מקום להעמיד השמן ההוא ויש לו זכייה בחלר ראובן לאותו מקום שהשאילו והו"ל חלירו דשמעון נמי וקנתה לו חלירו לשמעון ג"כ, הא נמי ליתא חדא דכי היכי דראובן לא זכה מדין חלירו מהטעם האמור דהואיל ודבר שאינו שוה ורגיל הכי נמי לשמעון לא זכה מדין חלר מהך טעמא גופיה, ותו דשאלת קרקע כדי שיהא שלו בעינן שיזכה בו באחד מדרכי הקניה וכמ"ש מרן בשולחנו הטהור לח"מ סי' קל"ה סעיף ט' יע"ש. ומאחר דכאן לא השאילו בא' מדרכי ההקנאות פשיטא דלא חשיב חלירו ממש דתקני ליה גם הש"ך בח"מ סי' קל"ה ס"ק ה' הביא בשם הריטב"א שכתב בריש פ"ק דמליעא ז"ל המכאן נראה דחלר דאין לאדם בו רק דריסת רגל וכו' עד ומי שהשאיל לחבירו חלירו לכך דלאו כחלר שאולה היא לקנות לו דאין חלר שאולה קונה לו אלא כשהיא שאולה להשתמש לו וכו' יע"ש. הרי לך דדוקא כשהיא שאולה לו להשתמש לו הוא דקנתה לו הא לאו הכי לא, וזהו אפי' כשקנאה בא' מדרכי ההקנאות כששאלה בעי' שתהא שאולה לו להשתמש הא לאו הכי לא כ"ש הכא דליכא דרכי ההקנאות ולא הוזכר בפי' ששאלה להשתמש באולר ההוא. ודאי דאין לראובן זכות מטעם חלירו. ואם נאמר דבשעה שנשתתפו ראובן ושמעון השכירו המרתף ההוא מממון השותפות והמרתף הוא בבית ראובן ובחלירו ושמו שם השמן, אם היה הדבר כן היה מקום לומר שזכו בשמן ההוא שניהם. והוא ממה שמלינו ראינו להרא"ש בתשו' ריש כלל ל"ב הביאו הטח"מ בסי' ר"ס שנשאל על ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר וקנה ראובן מליאה בתוך הבית, של מי היא, של שמעון או של ראובן, והשיב נ"ל כיון דמעלה לו שכר שכירות ליומיה ממכר הוי כמו חלר השותפין ואם היה לבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסין לבית היו זוכין בהם שניהם כי חלירם היא קונה להם והוי כשנים שהגביהו מליאה אבל וכו' יע"ש, ופסקה מרן שם דין ד' יע"ש. וטרם אבא למאי דקתן הליתי לשאת ולתת בתשו' הרא"ש הנז' לברר וללבן פסקי מרן ז"ל מה שיש מהם מהתימה כאשר אבאר בס"ד. הן קדם רואה אנכי כי בפסקו של הרא"ש שפסק דהוי דמגחיהו התו' בפ"ק דמליעא דף י"א סוף ע"ב גר'

דפליגי עליה וס"ל דהוי דמשכיר וכאשר ליין הש"ך בסוף סי' ר"ס ס"ק י"ב. והוא ממ"ש שם התו' וז"ל אבל שלהי השואל גבי הזק של בעה"ב אוקי לה בש"ס בתורי דאתו מעלמא וכו' והשתא הלא השור משתמש בחלר וכו' עד וא"כ איך יזכה המשכיר וכו' וי"ל שגם משכיר בית פתוח לאותו חלר ומקרי עומד בלד שדהו ע"כ. הרי דלפי תירוץ זה דהתו' נפקא דבנדון הרא"ש המליאה דמשכיר לחודיה הוא ואין לשוכר אתו הפך דברי הרא"ש. מיהו הר"מ בפ"ו דשכירות בדין הזבל פסק דהוי של בעה"ב משום דחלירו קונה לו ולא הביא דמשכיר ביתו פתוח לאותו חלר התו' אלמא דלא ס"ל כותיהו ועיין שם בלח"מ ויש בדבריו לשאת ולתת אין כאן מקומו. מ"מ ממה שסתם נראה דס"ל דלגמרי הוי דמשכיר ולא אמרינן שכירות ליומיה ממכר הוא הפך דעת הרא"ש. ולדבריו גם בנדון הרא"ש יודה דהוי דמשכיר לחודיה ולא לשוכר.

וראיתי לסמ"ע סי' ש"ג תמה על תרי פסקי מרן דבסי' ר"ס פסק כהרא"ש בסעי' ד' אלמא דשכירות ליומיה ממכר הוא ובסי' ש"ג פסק כהר"מ שהוא הפך דעת הרא"ש יע"ש. עוד אני מוסיף לתמוה עליו ממ"ש לקמן בסי' ש"ח בדין השוכר דחיים כדברי הר"מ יע"ש. ואמאי והלא הרא"ש בכתובות פ' המושא בעובדא דההוא גברא דאגר ריחייה וכו' חלק על דברי התו' מכח השכירות ליומיה ממכר הוא. והביא הטור שם סי' הנז' את דבריו כאשר יראה הרואה וא"כ מאחר דבסי' ר"ס פסק כהרא"ש גם בסי' ש"ח הי"ל לפסוק כהרא"ש ולא כהר"מ. גם פסק מרן דסי' ר"ס הוא הפך מ"ש בא"ח סי' קמ"ו דאסור להשכיר בהמתו לגוי בשבת וביו"ד סי' קנ"א דמוכח דפסק כמסקנת הש"ס דע"ז דאסיקנא דשכירות לאו ממכר הוא. גם דברי הרא"ש ז"ל קשיין אהדדי דמהסוגיא דע"ז דפ"ק אמתני' דמקום שנהגו למכור בהמה דקה לגוי וכו' מאי דאסיקנא דהוי גזרה משום שכירות והביאה הרא"ש שם בפסקיו יע"ש. אלמא דס"ל דשכירות לאו ממכר הוא ואילו מ"ש בתשו' הנז' הוי הפך, ואין לומר דס"ל להרא"ש כמ"ש התו' בפ' הזהב דדוקא לענין אונאה הוא דאמרינן שכירות ליומיה ממכר ולא לשאר מילי יע"ש דף נ"ו ע"ב, דליתא דהלא ממ"ש בפ' המושא בעובדא דריחייא הנז"ל וממ"ש בתשו' הנז"ל נראה דלגמרי ס"ל דשכירות ממכר היא ולאו דוקא באונאה. וא"כ הדרא קושיא לדוכתין דממ"ש בע"ז נראה איפכא.

וזה ימים בלאדי ס' תורת האלקים בהנ"מ פ"ז מה' שכירות דין א' עמ"ש שהשכירות מכירה עמדתי ממ"ש הלח"מ שם יע"ש. והנלע"ד לתרץ תמיהתו דאפ"ג דהר"מ יסבור כשיטת התו' דהזהב שכתבו דהא דשכירות ליומיה וכו' לענין אונאה דוקא לא לשאר מילי, וכמ"ש הר"מ פי"ג דמכירה דין י"ז, מיהו נ"ל דס"ל דהיינו דוקא במטלטלין דשייכא בהו אונאה אבל בקרקעות דאין בהם אונאה ואפי' בשכירות כמ"ש הר"מ פי"ג דמכירה דין י"ד ס"ל דבקרקעות מ"מ שכירות ממכר היא הוי לכל מילי לא לענין אונאה מאחר דלא שייכא בהו אונאה. ובכן מ"ש בה' שכירות דמכירה היא איירי בקרקעות מדמסים בה אלא א"כ יש לו פירות באותו קרקע אלמא דבקרקעות מיירי. והואיל וכן בקרקעות ס"ל דלכל מילי אמרינן שכירות ממכר היא, אמנם העומד לנגדי בתירולי זה הוא ההיא דפסק בפרק ו' דשכירות לענין זבל דהוי דמשכיר דאמאי והלא דשוכר ניהו מאחר דשכירות קרקע לכל מילי מכירה היא. והלח"מ ז"ל תירץ שם דהר"מ ס"ל כשיטת הנמק"י יע"ש. ובזה תירץ מה שתמה מרן בסי' ש"ג על הר"מ יע"ש ואיש הדברים. וסברת הנמק"י מבוארת בהר"מ פכ"ג מה' מכירה דין א' במ"ש הא למה

זה

ליה והוא הדין הכא נמי וכו' יע"ש באורך, וגם על דבריו אלה קשיא לי דלא סיים במאי דפתח כי מריש דבריו כו' דטעמא הוי משום דהוי מלתא דלא שכיח כשאר המציאות דעבידי דאתו. ואילו מסוף דבריו נר' דטעמא משום דבעת הקנין לא עלה על לבו לקנות מטמון זה, משמע הא אילו ילוייר שהיה עולה על לבו בעת הקנין לקנות אפי' מטמונות קנתה לו חצירו ואפי' דהוי מלתא דלא שכיח, ונמצאו הני תרי דיוקי דסתרן אהדדי מרישא לסיפא. ולא ידעינן אי דיוקא דרישא דוקא או אי דסיפא דוקא ואמאן נסמוך. ולבי אומר לי דלעולם דיוקא דסיפא דוקא דכל שעלה על לבו לקנות אף דהוי מלתא דלא שכיח קני והכא עיקר טעמא דלא קני ליה חצירו הוי משום דבעת הקנין לא עלה על לב המוכר והקונה לקנות דבר זה וכמו שהביא ראיה מההיא דפ' שור שנגח. ומאי דפתח ברישא בטעמא שאינו דבר ההוה ורגיל חד טעמא הוא ותני והדר מפרש דה"ט דאמרינן דלא קנתה לו חצירו משום דמאחר דמתחלת הקנין לא נתכון לכך לא המוכר ולא הקונה הלכך חשבי' ליה כאין דבר הסוה כשאר המציאות וזהו שכתב כי כשקנאו וכו' כלומר דמטעם זה הוא דאמרי דכיון דאינו דבר ההוה לא קנה אבל לעולם דאם היה עולה על לב בעת ההיא לקנות אפי' דבר זה ודאי דהיה קונה ואפי' דלא שכיח, ונמצא דעיקר טעמא לא הוי אלא משום שלא עלה על לב הקונה והמוכר, והגם שדבריו באו עמוסים כנ"ל עיקר בכונתו. ולפי זה לא הוי מטעם חצירו הבאה לאחר מכאן כס' ריב"ן דלעולם אף בחצירו הבאה לאחר מכאן ס"ל דקני אלא מטעם דלא עלה על לבו דוקא הוא דלא קני הא אם היה עולה על לבו אף דהוי חצירו הבאה לאחר מכאן ס"ל דקני ודלא כריב"ן. א"נ אפשר דראבי"ה ס"ל כטעמו של ריב"ן מטעם חצירו הבאה לאחר מכאן אלא דראבי"ה פרושי קמפרש ליה למלתא דחצירו הבאה לאחר מכאן דה"ט דלא קנה משום שלא עלה על לב המוכר למכור ולא על לב הקונה לקנות דבר זה בעת הקנין והלכך הו"ל חצירו הבאה לאחר מכאן ובזה נמצאו דברי ריב"ן וראבי"ה עולין בקנה אחד אלא דראבי"ה פי' דבריו יותר וריב"ן הביאם דרך קצרה ולא פליגי אהדדי ואלו ואלו דברי אלקים חיים, ובהכי מדייקי דברי ראבי"ה במ"ש וחצירו קונה בדבר הבא לחצירו אח"כ וכו' כונתו מבוארת לאפוקי כאן דהו"ל חצירו הבאה לאחר מכאן כיון שלא עלה על לבו כנ"ל יותר נכון להשוות דברי ריב"ן לדברי ראבי"ה, וראשית דבריו ביארנוס דחד טעמא הוא כאמור.

ולא אשיב ידי מחוות דעי במה שתמה על דברי המרדכי הללו הרב גד"ת שער מ"ט חלק י"ח וז"ל איברא וכו' עד דלכאורה קשה האי כותל הוי חלר המשתמרת או לא אי אינו חלר המשתמרת א"כ לא קשי מידי וכו' ואי כותל נמי הוי חלר משתמרת מאי מייתי מסוגיא דשור שנגח דלא אתי רשום שיטה משיטות התו' דמייתי' בפירושא אם לא שנאמר דמפרש כשיטה ראשונה דמייתי רבינו כדכתי' עכ"ד יע"ש, כונתו מבוארה דס"ל דההיא דשור שנגח בחלר המשתמרת היא ומאי דקאמר דליתנהו בחצירו היינו דליתיה לבעל החלר וכמו שפי' הוא ז"ל לעיל כן בדעת הבעה"ת יע"ש, ולי הדיוט אחר המחילה הראויה לעלמותיו הקדושים לא שמיע לי דעל הראשונים אנו מלטערים בהדין פירושא דאי בחלר המשתמרת היא הא לא בעינן שיהיו הבעלים עומדים שם ומכח זה דחה דבריהם הר"י אלברללוני כאשר יראה הרואה, והרב ז"ל הוסיף עליהם גם ראבי"ה כדי שתפול עליו תמיהת הר"י אלברללוני מי דחקו בכך, דלדידי חזי לי דלעולם הא דכותל הוי כחלר המשתמרת, והראיה שהביא מההיא דשור שנגח לעולם דס"ל לראבי"ה דההיא בחלר שאינה משתמרת וכדעת ר"י בעל התוס' שזכרנו לעיל וכאשר ביארתי לעיל הסוגיא

לדעת ר"י כנז"ל, מיהו הגם שאין הנושאים שוין, עיקר ראית ראבי"ה שהביא לדינו הוא ממ"ש בש"ס כל היכא דאיתיה לדידיה דאי בעי למקני קני קניא ליה חצירו וכו' ומכאן תוקף ראיתו דמה לו להש"ס להאריך ולומר דאי בעי למיקני קני וכו' הול"ל כל היכא דאיתיה לדידיה קניא ליה חצירו כדאמרינן בפ"ק דמליעא דבעומד בלד שדהו קנה משום דהשתא הו"ל כחלר המשתמרת כאשר פירש"י שם וא"כ ה"ה והיא הטעם גם כאן דכל היכא דאיתיה לדידיה קני ומה יתרון למדונו רבותינו בתוספת דברים אלו דאמרו דאי בעי למקני קני אלא ודאי שדברים הללו לטפויי אתו ולהשמיענו דהיינו טעמא דהיכא דאיתיה לדידיה דקני ליה חצירו משום דאי בעי למקני קני כלומר שבדעתו היה לקנות דבר זה והיינו דאמור רבנן דאי בעי למקני קני לאפוקי בעומד שם ולא היה בדעתו לקנות דבר זה כמו מטמון ודומה לו לא מהני עמידתו שם לחודא ואפי' דבעמידתו לשם חשיב כחלר המשתמרת מ"מ בעינן נמי שיהא דבר ההוה ורגיל ומצוי שם דאי בעי למקני קני הא לאו הכי עמידתו כלא חשיבא. ומינה יליף ראבי"ה את דינו בההיא דכותל וגל דאף דהוי משתמר מאחר דאין בדעת המוכר והקונה לקנות דבר זה דלא קנה כההיא דשור שנגח שאמרו דאי בעי למקני כנ"ל בכונת ראית ראבי"ה. ולעולם דההיא דשור שנגח מפרש לה בחלר שאינה משתמרת כדעת ר"י וראיתו ראיה כדבר האמור, ודוק. העולה מזה הוא שדעת ראבי"ה כדעת ריב"ן דחצירו קונה לו אף בדבר שאינו הוה ורגיל וחצירו הבאה לאחר מכאן לא קנה והיינו טעמא דכותל וגל כאשר הארכנו. ומידי עברי על דברי הראב"ד ז"ל בהשגות שכתב דטעמא דכותל משום חלר שאינה משתמרת הוא דלא קנה כנז"ל. ראה ראיתי בס' אסי' זקנים אההיא דמלא בגל או בכותל הביא משם הראב"ד דברים המורים הפך דבריו בהשגות שכתב וז"ל וא"ת וליקני ליה חצירו לבעל הגל, ותירץ הראב"ד דמיירי בכותל וגל שבחורשין שאין לו בעלים אבל יש להם בעלים אע"ג דשתיך טפי לא שאני אומר אבותיו הלניעום שם ושכחום ולא ליוו במותם שאין יאוש מועיל אלא בדבר שילא מתחת בעלים עכ"ל יע"ש. ואי כדבריו בהשגות דמטעם חלר שאינה משתמרת היא הכי הו"ל לתרץ, ותו דמאחר שאינו משתמר אפי' בכותל וגל שיש לו בעלים לא להני כיון דהוי מקום שאינו משתמר לדעת בעלים ואמאי כתב דיש לו בעלים קניא ,ו חצירו, אלא ודאי זה מורה דדוקא בגל ובכותל שבחורשין דלית להו בעלים הוא דלא קני אבל בדאית ליה בעלים אף דהוי בחלר שאינה משתמרת קני משום דאין יאוש מועיל וזה הפך מ"ש בהשגות וכעת דבריו שגבי מני להסכימם יחד אם לא שנאמר דהראב"ד המוזכר בס' אסיפת זקנים הוא הר"א אב בית דין ואינה סברת הראב"ד בהשגות כנ"ל, גם את זה ראיתי בס' אסיפת זקנים שדברי ריב"ן שכתב משום חלירו הבאה לאחר מכאן הביאם משם תוספות אילוניות יע"ש. עוד הביא שם וז"ל ויש אומרים דכיון דשתיך טפי עד שיש לומר של אמורים הם לא מסקי בעלים אדעתיהו כי הא וכל מלתא דלא מסקי בעלים אדעתיהו הוי מלתא דלא שכיחא אין חצירם זוכה להם כן פי' בתוס' הריטב"א ע"כ. וזה סעד לתומכי למה שפירשתי לעיל בכונת דברי ראבי"ה דכולא טעמא הוי משום דלא מסקי אדעתיהו הוא והלכך הוי מלתא דלא שכיח כאשר הארכנו ושמח לבי גם אני מיהו רובא דרבוותא מסכימין בהא דחצירו קונה לו דלא הוי אלא בדבר ההוה ורגיל לימלא כמ"ש התוס' והרא"ש והר"מ, וגם דברי הר' אביגדור בתשו' הביאה המרדכי שם נראין כן עם שיש לאון בדבריו להסכים דברי הר' אביגדור דבריו הראשונים עם דבריו האחרונים כי לא סיים במאי דפתח כאשר יראה הרואה, ומ"מ לאהבת הקיצור הנני.

וליישב דעת רש"י מה שהקשו התו' עליו דהוי הפך ממסקנא דמציעא כמ"ש נלע"ד להדיחה מעליו. יען דהן אמת דממה שפירש"י עמ"ש והלכתא וכו' מורה דבחצר המשתמרת היא ושפיר והלכך כל שהמשכון בחצירו קנה אף דליתיה הוא בחצירו דבחצר המשתמרת לא בעי' שיהא הוא עומד שם. והיכא דליתיה למשכון שם לא קנה. אך נלע"ד דלא ביאר רש"י כן אלא למסקנא במאי דאסיקנא והלכתא וכו'. אבל מקמי הכי ס"ל לרש"י דהוא מתפרשא בחצר שאינה משתמרת לפי הס"ד והמקשה היה סבור דמיירי בעומד שם בעיר והלכך פריך דתקני מדר' יוסי ב"ח. והגם שהיא חצר שאינה משתמרת הואיל והוא שם תקני ליה. ותירץ לו דמיירי בשאין בעל החצר בעיר הלכך הואיל וליתיה הוא בעיר וגם היה חצר שאינה משתמרת הלכך לא קנה בעל החצר. ולבתר הכי שאמרו והלכתא דליתנהו בחצר היינו שחידש לו לפרש הך ממרא בחצר המשתמרת והאי דלא קנה בדליתיה למשכון בחצר כנ"ל להליץ בעד רש"י ז"ל. נמצא דלר"י הך מימרא כולא בחצר שאינה משתמרת היא. וכן הרא"ש ז"ל אזיל לשיטת ר"י והגם דבקמא אין בדבריו הכרע מ"מ בפ"ק דמציעא אמתני' דראה אותן רצין כתב הרא"ש כן בהדיא דהך מימרא בחצר שאינה משתמרת היא יע"ש.

וראיתי להרב גידולי תרומה בשער מ"ט חלק י"ח הביא דברי רש"י ור"י וכתב וז"ל ואיכא למידק לפי' ר"י כי פריך תקני לו חצירו מדריב"ח וכו' לא הו"ל לגמ' לשנויי אלא התם בחצר המשתמרת הכא בשאינה משתמרת ולעד"ן דאין זה קושי דלא מצי לשנויי הכי דהלא ראה התרצן דמדהקשה המקשן ותקני ליה מדריב"ח כדי לדמותו להדיא דריב"ח ע"כ דס"ל דמיירי בעומד בחצירו דאי לאו הכי הואיל דחצר שאינה משתמרת היא אין לו דמיון להדיא דריב"ח אם לא שנאמר דמיירי בעומד בצד חצירו כדכתי' לעיל דדמי קצת לחצר המשתמרת ואם כן לא מצי לשנויי דהכא מיירי בחצר שאינה משתמרת דאכתי קושית המקשה במקומה עומדת דתקני לו חצירו כיון שעומד הוא שם. ואמטו להכי תירץ לו דמיירי בדליתיה שם והוא מוכרח לתרץ כאמור וזה ברור. ועוד דקדק דקדוק אחר מההיא דשלחי שלוח הקן והוא דקדוק קל וק"ל. עוד ראיתי להרב הנז' שכתב על מה שנחלקו הר"י אלברצלוני עם בעל התרומות שם דכולהו ס"ל דהך מימרא בחצר המשתמרת היא אלא שדעת הראשונים מסקנא דש"ס כפשטא דליתיה לבעל החצר. והרי אברצלוני מפרש לה כפירש"י דליתיה למשכון בחצר זת"ד יע"ש. ובאמת דלפי' זה דהראשונים תקשי עליהו דמאחר דחצר המשתמרת היא הא לא בעינן שיהיו שם עומדים ואמאי לא תקני ליה וכאשר תמה עליהם הר"י אלברצלוני, ולכן לבי אומר לי שדעת בעל התרומות הוא דס"ל דפי' הסוגיא היא בחצר שאינה משתמרת ואמטו להכי בעי שיהיו שם וכדעת ר"י בתו'. ודעת הר"י אלברצלוני היא כפירש"י דמפרש לה בחצר המשתמרת כנלע"ד. גם את זה ראיתי שם שדעת רבינו חננאל כדעת הר"י אלברצלוני כמ"ש שם הרב התרומות. וחזו הוית תמה הגד"ת על מ"ש רבינו חננאל ולא צריך למימר תקני לי חצירי כמו במציאה דשאני מציאה דלא ידע בה מתחלה וכו' ועל דברים הללו תמה דהא גם במציאה בחצר המשתמרת לא בעי דלימא תקני לי חצירי כדמוכח בפ' שנים אוחזים זהו תורף תמיהתו והניחו בתימה יע"ש.

ואני הדיוט נ"ל דאין הכי נמי דבחצר המשתמרת לא בעי דלימא תקני לי חצירי לכ"ע. מיהו ס"ל לר"ח דהיינו דוקא במציאה דאסיק אדעתיה בה דומיא דההיא דלבי וגוזלות דשנים אוחזין דעבידי דאתו הלכך בהנהו ודומיהן ודאי דהואיל דהוי חצר המשתמרת לא בעי דנימא תקני לי חצירי מיהו במציאה דלא ידע בה כלל כגון בממון תחת הקרקע וכיוצא בהא ס"ל לר"ח דבעי דנימא תקני לי חצירי אף בחצר המשתמרת ולהכי חילק דהא דמשכון הגר הגם דהוי בחצר המשתמרת לא דמי למציאה דבעי' דלימא תקני לי חצירי דע"כ לא מצרכינן הכי אלא דוקא במציאה דלא אסיק אדעתיה מיהו במשכון כי הכא דידיע ליה לא כנ"ל בויתור תמיהה זו. איך שיהיה למדנו מזה דגם ר"י אלברצלוני ור"ח ס"ל לפרש הך מימרא בחצר המשתמרת וכפירש"י. גם הר"מ פ"ב מה' זכייה דין ע"ו וי"ו אזיל לשיטה זו דמיירי בחצר המשתמרת ומטעם חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו נגעו בה יע"ש.

והנה בהא דחצירו של אדם קונה לו לאו לגמרי היא אפי' בחצר המשתמרת אלא דוקא בדבר ההוא ורגיל לימצא שם הא לאו הכי לא. והדין מלתא נפקא מדתנן בפ' אלו מציאות מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו. ואמרינן עלה תנא מפני שיכול לומר של אמורין הם. והקשו התו' ואמאי נימא חצירו של אדם קונה לו ותירצו דחצירו אין קונה לו בדבר שאין עשוי שימצא בו. וכן כתב הרא"ש שם יע"ש. גם הר"מ פי"ו מגזילה כתב לפי שאינה ידועה לו ולא לאחרים וממון זה אבוד ממנו ומכל אדם ולפיכך הוא של מוצאו יע"ש, גם הסמ"ג כתב כן וכ"כ בשלטי הגבורים אשר סביבות הרי"ף בהך מתני' יע"ש, אך צריך אני להאריך קצת בזה דיש חילוקי דינים בדבר. דהן אמת דהתו' שם כתבו כן דאין חצירו קונה בדבר שאין הוה לימצא, וגם הרא"ש הביא חילוק זה. ועוד הביא חילוק אחר מפני שהוא אבוד ממנו בעת ההיא והוא חילוקו של הר"מ כאשר יראה הרואה, אכן הראב"ד ז"ל שם בהשגות חלק על טעם הר"מ, וכתב דטעמא דלא קני הוי משום שאינה חצר המשתמרת וצריך שיהיו בעליו שם ויאמר תקני לי חצירי ע"כ יע"ש. ונפקא לן מזה דלדעת הראב"ד הא אי הוי חצר המשתמרת חצירו קונה לו ואפי' בדבר שאין הוה להמצא ואפי' בדבר שהוא אבוד ממנו וזה ברור, גם מטעמו של ריב"ן הביאו השלטי שם דטעמא הוי משום דהו"ל חצירו הבאה לאחר מכאן שהכלי היה טמון בימי האמורים ועדין לא היה חצירו עד לאחר מכאן ע"כ, מטעמו זה מוכח דאי לאו הכי חצירו קונה לו אפי' בדבר שאין הוה להמצא. אכן מדברי ראבי"ה הובאו שם בהגהות אשירי וז"ל כתב ראבי"ה דלא שייך למימר בכה"ג חצירו וכו' כיון דאינו הוה כשאר מציאה לא זכה כשקנאו או לא העלה על לבו לקנות המטמון הלכך לא זכה אלא בדבר שרצה לקנות וחצירו קונה לו בדבר הבא לחצירו אח"כ אבל כאן שהיתה בו מקודם ולא נתכון לא המוכר למכור ולא הקונה ליקח לא קנה והביא ראיה וכו' ומעשה היה באחד שקנה בדיל וכו' עד והודה לו ר"ת ע"כ יע"ש, הנה דבריו מגומגמים דמראשית דבריו נראה דס"ל כחילוק התוס' דכל שאינו הוה לא קני חצירו ומסוף דבריו נראה דס"ל כחילוק ריב"ן דהוי מטעם חצירו הבא לאחר מכאן ונמצא דארכביה אתרי ריכשי, ואו דלפי טעם ריב"ן אפי' בדבר שאינו הוה קנה ופליג עם התוס'. והיאך הוא ז"ל השני טעמים מאחר דסתרי אהדדי לענין דינא. שמצאתי במרדכי פ' אלו מציאות הביא דברי ראבי"ה הללו דרך ארוכה אמתני' דמצא בגל או בכותל וכו' וז"ל ולא שייך כה"ג למימר חצירו של אדם קונה לו וכו' דכיון דאין דבר ההוה כשאר המציאות שפעמים הווים לבא לא זכה לו כשקנאו לא העלה על לב לקנות המטמון הלכך לא זכה וכו' וחצירו קונה בדבר הבא לחצירו אח"כ אבל בדבר שלא היה דעת המוכר למכור ולא דעת הקונה לקנות לא קנה ודמי להא דפ' שור שנגח ותקני ליה חצירו מדריב"ח ומשני בל היכא דאיתיה לדידיה דאי בצי למקני קני קניא לו חצירו אבל היכא דליתיה לדידיה דאי בעי למקני לא קני חצירו נמי לא קניא ליה

וגם היורש חייב לגדל פרע מנכסי אביו מהטעמים שכתבתי בקונטריסי הא' ואין נסתר מחמתו של מוהרשד"ם בנמגוס הלשון שהוא בלשון עבר ואדרבא יפה כחו בהיותו בלשון עבר שכך היה האמת והודאתם יספיק לחייבם ולחייב יורשיהם ג"כ בנחן כזה וכל זה כתבתי לא להלכה ולא למעשה עד האלק'ים יבא זה שור'ר ומור'ה מו'ר שי' והוא ישיב כל גבולות אר'ש לא מטוהרה ויניחהו במשמר, ולא אשנה אחרי דברו אפי' כמלא נימא כאיש אשר אמר ובנו שמר, ואם דעתו עליון יסכים עמי לענין דינא אקרא בקול גדול ואומר, זה היום שקויתי מצאתי לכוין דרך הישרה הלכתא היכי איתמר, כה דברי עבדו ותלמידו מתאבק בעפר רגלי חכמים לתיאבון

יונה נבון יצ"ו.

שוב חזרתי וכתבתי על דברי החכם הש' הפוסק הנז"ל בזה הלשון :

חוזרני על המקרא וקריתי כל הכתוב ובמה שנשאת ונתת על דברי כעת אין הפנאי מסכים עמי להשיבך דבר. רק לענין הנוגע לדבר הלכה ראה ראיתי דמכח שני חילוקים שחילקת חזרת לדון כסברתך הראשונה לחייב ליורשין וכמו אשורי מני ארחיך ואין דעתי שוה לך דהחילוק האחד אתה בעלמך דחית אותו מכח דברי מוהרשד"ם גופיה כאשר כוננו ידיך הלא לאמונה והחילוק האחר אשר בנית עליו דייק ונשענת על דברי הרב פמ"א ככתוב בקונטריסך הלא נטיתי ידי עליו ותבט עיני בשורי בתורת אהרן קדוש ה' ודבריו באו סתומים. ואני בעניי נ"ל דמה שדן את הדין לחייב אף שלשון השטר היה בלשון עבר נלע"ד דטעמו ונימוקו משום דבנדון הרב ז"ל היה כתוב בשטר וקנינו וכו' בכל דיני הקנין ולכן חייב הרב ז"ל שהרי הרשב"א ז"ל שהוא הורה לנו דין זה מהסוגיא שהביא מוכח שאם היה כתוב וקנינא הי"ל לחייב כאשר יראה הרואה מה שתמהו על הרשב"א הזכרנום לעיל בקונטריסי הראשון, וכבן יש לנו לדון שמטעם שהיה כתוב בלשון השטר קנין לכן דן הרב פרח מטה אהרן לחייב בהאלם. משא"כ בנ"ד שאין כאן קנין כלל רק מילי בעלמא וההודאה לא נכתבה בלשון עתיד רק לשעבר חזר הדין כדכתיבנא דאין בלשון אלו מספיק לחייבם בתשלומין כלל מטעמי תרילי דכתיבית בקונטריסי הראשון. כנלע"ד לענין הלכה וצור ישראל יצילני משגיאות כי"ר.

ישראל מאיר מזרחי.

סימן ה'.

דיני שותפין.

שאלה ראובן ושמעון נשתתפו יחד והטילו לכיס אחד זה מנה וזה מנה והתנו שכל ריוח פירותיו יהיה לאמצע חוץ ממציאה שאם ימצא א' מהם יהיה לעצמו ואין לשותפו חלק בה. וקנו סחורות ממעות השותפות ובכללם קנו שמן זית זך שהיה בזול ושמו אותו בבית ראובן השותף. ויהי היום נכנסה אשת ראובן למרתף שהיה בו שמן השותפות וראתה כד אחד מהשמן שהיה מפעפע וזולא מדופני הכלי והרגישה בדבר שמעשה נסים הוא והביאה כדים ריקים ומלאתם עד שלא נמצא אתה עוד כלי ויעמוד השמן. ונפשם לשאו'ל הגיעו אם יש לשמעון שותפו חלק בשמן הנס מידי דהוה היכא דנתיקר השמן שיש לו חלק השותף בו ה"נ דכוותא, או אי דיינינן ליה כמציאה והרי הוא לראובן לבדו כאשר התנו מתחלה,

תו איבעיא לן בירושת בנו הבכור בנדון כזה שהוא מעשה נסים אם נוטל בו פי שנים או לא ויבא שכמ"ה.

תשובה הלא לחכמים לאם יושבי בשבת התחכמוני. במלחמתה של תורה להבין ולהורות בזאת התורה עמוד הימני, ולרש אין כל ותשורה אין להביא מנחת עני. ואראה בפתאים אבינה בבנים בודק והולך עד מקום שידי מגעת ותסתיים שמעתא מנייהו ומיני. יאלי אל אלוק' דלפה עיני. אלק'ה דמאיר עצני כיר"א וזה החלי בס"ד.

אנכי הרואה ראי'ה מהימנא דלדדי השואל הוא מיוסד אתרי ספיקי. ספק הראשון הוא דאי חשבינן ליה כמציאה מפשט פשיטא ליה דהרי הוא לראובן לבדו.

הספק הב' דאי דיינינן ליה כשבחה דאתי מגופה הו"ל כאיקר שמנא ויש לו חלק לשותפו.

ולריכין אנו למודעי לענין הספק הראשון דהאפי' אי חשבינן ליה כמציאה נאו בכל גוונא קנה ראובן דאכתי אפשר לדון דקנה גם שמעון אתו עמו. ואיכא נד דשמעון לבדו יקנה וראובן לא כאשר אבאר בס"ד. ואח"כ אניף ידי אל הספק השני והעולה עמו לענין הלכה.

תחלת דיבר אלינה נא מימרא דרבא פ' שור שנגח את הפרה דף מ"ט דאמרינן התם משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר. ובא ישראל והחזיק בו זה קונה כנגד מעותיו וזה קונה את השאר, ואמאי תקנה ליה חלירו כדאמר ר"י בר חנינא חלירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אמרי הב"ע דליתיה וכו' עד והלכתא דליתנהו בחלירו דלא קנה ע"כ. ובפירושא דהנאי מימרא נחלקו מוסדי ארץ. כי הנה רש"י ז"ל מאור עינינו פירש וז"ל והלכתא הא דאמרינן קנה את השאר בדליתיה למשכון בחלירו וכו'. והתו' שם ד"ה והלכתא וכו' הביאו מפירש"י דמיירי בחלר המשתמרת. ולפי זה הוקשה להם דא"כ למאי דס"ד דאיירי שהמשכון בחלר ובעל החלר איתו, א"כ הוי הפך המסקנא של ב"מ דאמרינן דבחלר המשתמרת אפי' שאינו עומד בלד שדהו קנה ומכח זה אוקמוה להך מימרא בשם ר"י דאיירי בחלר שאינה משתמרת לפי הס"ד ובין לפי המסקנא כאשר יראה הרואה שם. ואן אמת דמדברי התו' דפ"ק דב"מ דף י"א ד"ה ה"מ בחלר המשתמרת לפי מה שפי' שם נראה דמוקמו להך מימרא בחלר המשתמרת בין לפי הס"ד. ובין לפי המסקנא כאשר יראה הרואה שם ואין להקשות דברי התו' אהדדי ממה שפירשו כאן למה שפירשו התם, יען דאפשר דהללו סברת ר"י ואידך ס' ר"ת או אחרים כפי הכלל המוסכם אצלינו דרבותינו בעלי התו' רבים הם ומר מאי דס"ל קאמר ומר מאי דס"ל קאמר. אך יש לדקדק על דברי התו' דמאחר דהם הקשו על פירש"י שהוא הפך ממסקנא דב"מ כמז"ל א"כ תקשי לפי' ר"י דא"כ מאי פריך הש"ס דתקנה ליה חלירו מדריב"ח הלא דברי ריב"ח אינם אלא בחלר המשתמרת ואילו הכא דמיירי באינה משתמרת אין לו ענין להאיא דריב"ח ובשלמא לפירש"י דכולא בחלר המשתמרת היא ניחא דפריך לה מדריב"ח, אכן לפי' ר"י מאי קשיא מדריב"ח. ואולי משום דבפ"ק דמליעא דף י"א אמתני' דראה אותן רלין וכו' אמרינן עלה והוא שעומד בלד שדהו ופירש"י דעכשיו היא משתמרת על ידו ע"כ. והשתא לפי הס"ד הגם דס"ל דבחלר שאינה משתמרת היא מ"מ כדפריך ליה הוה ס"ל שהוא עומד בחלר הלכך פריך דהואיל והוא עומד שם הרי נעשה כחלר המשתמרת וא"כ ליקני מדריב"ח. ותירץ לו דמיירי דליתיה לבעל החלר והוא בחלר שאינה משתמרת והלכך לא קנה. ונמלא דבכולים מימרא בחלר שאינה משתמרת היא אלא דמקמי הכי הוה ס"ל דמיירי בעומד שם ואחדית ליה דמיירי דליתיה כנלע"ד לדעת ר"י ז"ל.

שטר אבל בנדון מחלוקת הרי"ף והראב"ד מיירי שכתוב שליוה נהם לכתוב השטר דמוכח שכונתו לכתוב לו שטר מתנה שנתן לו והרי"ף ס"ל דהקנאה הוי ואין מטבע נקנה בחליפין והראב"ד ס"ל דהודאה הוי וכל שהודה שנתן אין בודקין אחריו היאך נתן, ויש לנו לומר שכדין נתן, ואף הרשד"ס עלמו יודה לס' הראב"ד ולפי זה יתישבו ג"כ דברי מוהרח"ש דכל ראיתו מדברי הרשד"ס הוא להוכיח שהלשון מורה לשעבר אף שכתו' מעכשיו אבל אין הנדונים שוים דבנדון מוהרח"ש מיירי שליוה לכתוב השטר ולכן הביא ראיה מדברי הראב"ד דכל שהוא לשון הודאה אין בודקין אחריו היאך נתן ובודאי שכדין נתן ואף הרשד"ס אפשר דס"ל הכי כהראב"ד ז"ל ונתיישב ג"כ קושית הרש"ג ז"ל מההיא דהשולח שכתב הר"ן ז"ל דהם אמר דרך הודאה מהני אפי' ע"פ מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי דהתם מיירי שאמר לעדים אתם עידי דודאי אמרינן שכדין ולכך העידם בדבר דאם כונתו היא לסיפור דברים בעלמא ולא נתן כדין למה עשאם עדים בדבר אבל לעולם דכל שאמר הדברים בלשון עבר ולא אמר להם לכתוב שטר או לפחות אתם עידי לא מהני לשון עבר כמ"ש הרשד"ס ז"ל שאינו אלא סיפור דברים בעלמא שנתחייב בלי שום קנין ואין כונתו להודאה שנתחייב כדין. גם דברי הריטב"א יתפרשו ע"ד שפי' דברי הר"ן ואין שום סתירה מהם להרשד"ס.

ומצאתי אילן גדול לסמוך עליו בדברים אלו והוא הרב פרח מטה אהרן ח"ב סי' פ' בסוף התשובה וז"ל ומ"ש החכם הר"י לבי נר"ו וכו' במ"ש דלשון נתחייב הוא לשון גרוע וכו' במחילה מכ"ת לא נאמרו דברים הללו אלא כשהחיוב אינו מתחייב מעתה בקנין אלא לשעבר וכו' וכמ"ש מהרשד"ס בטח"מ סי' כ"ט וכו' אבל בנ"ד שכתוב בזה השטר ז"ל איך נתפרענו וכו' ומעולם לא יאמר שום פוסק דכשכתוב בשטר נתחייב פ' לפרוע דמשום דהוי לשון עבר דהוי לשון גרוע וה"ז דבר מפורסם וכו' עד ובכל השטרות שאנו נוהגים לכתוב כתוב זה הלשון נתחייב פ' לתת ולפרוע וכו', ולהרבות ראיות על זה הוא להג ויגיעת בשר עכ"ל. והנראה בכונת דבריו הוא דע"כ לא כתב הרשד"ס דלא מהני אלא דוקא היכא דכל הלשון הוא לשעבר ואין שום הוכחה שנתחייב עתה ואינו אלא סיפור דברים אבל כל שיש הוכחה שכונתו להתחייב עתה כמו בנדון שלו שכתוב איך נתפרענו וכו' דחשיב ליה להרב לשון זה הוכחה שמתחייב עתה אף שכתוב נתחייבו לשון עבר לא הורע כח השטר בשביל זה שמעולם לא יאמר שום פוסק דכשכתוב בשטר בפנינו עח"מ הודה פ' איך נתחייב לפרוע דגרע כח השטר בשביל זה שהרי ממה שליוה לכתוב שטר מוכח שרלונו להתחייב בהודאה דאל"ה למה כתב שטר זה נר' כונת דברי הרב ז"ל אף שבאו דבריו בקילור והוא עלמו מ"ש לחלק בין דברי הרשד"ס לדברי הראב"ד. ועפ"י זה אפשר ליישב דברי הרשב"א שהקשה הרב משפט לדק ח"ב סי' ל"ו דאמאי לא אמרינן דהשתא נתחייבה הגם שאמרה לשון עבר הוא כדי לחזק וכמ"ש הר"ן ז"ל בקידושין דבשטרי מכר דידן אעפ"י שכתוב מכרתי נתתי לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבים כך וכו' וסיים שכן דעת הרשב"א וא"כ קשה דידיה אדידיה והעלה בל"ע. ולפי חילוקנו לא קשיא דשאני התם בנדון הר"ן שכתב הוא עלמו השטר או ליוה לעדים לכתוב השטר אז דוקא ס"ל להרשב"א דאעפ"י שכתוב לשון עבר שטר קנין הוא ולחזק הדבר כותבים כך דאל"ה למאי כ"מ כתביה אבל בתשו' הרשב"א של החיוב שהיא לא אמרה להם לכתוב שטר ואינו אלא סיפור דברים אין אנו אומרים דהשתא נתחייבה כנלע"ד.

אבל הרב משפט לדק לא ס"ל חילוק זה מדהעלה בל"ע דברי הרשב"א גם ממ"ש בסי' ל' נדון שלו לנדון הרשד"ס וסיים וז"ל אלא שי"ל שעד כאן לא קאמר הרשד"ס אלא לנ"ד אבל בנ"ד יודה שכתוב בשטר מתנה דנ"ד והרי אמר לנו ראובן שטר זה כתבוהו בשוקא וכו' נראה דהשתא הוא יהיב במתנה וכו' ומ"ש הודה איך נתחייב הסופר טעה דאם הוא מספר מה שעבר איך היה אומר להם וכו' יע"ש ואם איתא דס"ל חילוק זה למה לו לומר דהשתא יהיב ליה וטעה הסופר, לימא דלעולם הסופר כתב כהוגן לשון נתחייב לפי שלא נתחייב בפניהם אלא שהודה שנתחייב לשעבר ואעפ"י כן לא דמי לנדון הרשד"ס דכיון שליוה להם לכתוב השטר ודאי שכונתו היא להתחייב בהודאה זו וכל שהודה שנתחייב אין בודקין אחר הודאתו ובודאי שכדין נתחייב ואף מוהרשד"ס יודה בזה. אלא ודאי דלא ס"ל חילוק זה וא"כ קשה עליו למה בסי' ל"ו לא השיג על מוהרשד"ס מדברי הראב"ד ז"ל כיון דלא ס"ל חיליק זה ולריך לי ישוב כעת.

איך שיהיה נמלא דשני חילוקים אמיתיים יש לחלק בין נדון דידן לנדון הרשד"ס, האחד הוא זה שסיימנו בו לחלק בין נדון הרשד"ס לדברי הראב"ד דע"כ לא פסל הרשד"ס השטר אלא דוקא בנ"ד שלא ליוה לעדים לכתוב שטר אבל כל שליוה לעדים לכתוב שטר או שהוא עלמו כתב בכתב ידו שנתחייב אף שהלשון הוא לשעבר מודה הרשד"ס דמהני מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואין אחר הודאה כלום ובודאי שכדין נתן וא"כ ה"ה לנ"ד שהם עלמם כתבו בכת"י שנתחייבו דפשיטא דמהני לשון לשעבר דמ"מ הרי הודו שנתחייבו ובודאי שכדין נתחייבו וכתבו שטר זה לראי' ואין אחר הודאתם כלום ולא גרע כח השטר מחמת הלשון אף לדעת רשד"ס והחוששים לסברתו. והחילוק השני הוא מה שכתבנו לעיל דע"כ לא פסל הרשד"ס השטר אלא דוקא במקום שהחיוב לריך קנין אז ס"ל דכיון שכ' לשון עבר אינו אלא סיפור דברים שנתחייב בלי שום קנין והקנין שקנו ממנו עתה אינו אלא על ההודאה שהודה ונמלא שלא היה החיוב בקנין ולא מהני אבל בנ"ד שהוכחתי בקונטריסי הראשון באורך דאין לריך קנין אלא בלשון חיוב לחוד מהני כל שהודו שנתחייבו חייבים לגדל פרע אף בלשון עבר דמ"מ הרי הם מודים שנתחייבו ובלשון חיוב לחוד בלי קנין חייבים הם אף לדעת הרשד"ס וסיעתיה וכ"ש בהלטרף לזה שדברי הרשד"ס קשים להולמם דכל עיקר סמיכות שלו הוא מדברי הרשב"א ז"ל ומדברי הרשב"א אין ראיה אלא שלא יהא כמלוה בשטר וכמ"ש מוהרש"ג, ועוד שדברי הרשב"א איכם אלא כשלא יש קנין כמ"ש מוהרח"ש ובנ"ד הרי כתיבנא דהחיוב לחוד יספיק בלא קנין וא"כ לדעת הרשב"א פשיטא דמהני ואף לדעת הרשד"ס מהטעמים שכתבנו לעיל והם נכונים לע"ד. ועוד זאת יתירה כי לעד"ן שבדקדוק נכתב לשון עבר לפי שכך היה מעשה שהחיוב נתחייבו קודם הכתב יד שכן מוכח בהדיא מלשון השטר שכתבו בהיות וכו' והפליר וכו' ילחייב שנים מכל וכו' ובחמלת ה' נתקבלו דבריו ובכן מינה אותנו וכו' הן עתה וכו' משמע שבאותו יום שהפליר בהם לחייב שנים מכו' הק"ק שיתמידו הפירעון ומינה לאלו החתומים באותה שעה נתחייבו בחיוב זה בלשון חיוב כדת וכנימוס ואחר יום או יומים וכו' כתבו כתב יד זה לראיה שכך נתחייבו מדעתם וא"כ נמלא דבדיקא נכתב לשון עבר לפי שבאותה שעה של הכתיבה לא נתחייבו אלא מקודם כמ"ש והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ואין אחר הודאה כלום ואין שום גירעון כח מחמת הלשון ואדרבא אם היו כותבים איך אנו מתחייבים הוא מיחזי כשיקרא לפי שכבר קדם חיובם כדכתיבנא.

ובכן קם דינא לנ"ד שחייבים המתחייבים בשטר זה וגם

ז"ל סי' ט' יע"ש בקונטריסו באורך אנכי הצעיר נלע"ד שאין מדברי הרש"ג ראיה לנ"ד דשאני בנדון הרש"ג שהיה כתוב איך אני חייב חוב גמור וכו' דמשמעותו שהלוה לו מעות או סחורה וכיוצא וחייב לו ואנן ידעינן בבירור שלא היה חייב לו שום דבר מקודם והתובע עצמו מודה שלא היה חייב לו, אז כתב דפטור משום דאי אפשר לומר הודאת בע"ד כק' עדים דמי והרי הודה שחייב משום שהרי אנו יודעים וגם התובע עצמו יודה שלא היה חייב לו שום דבר מקודם, אכן בנ"ד שכתבו נתחייבנו דהכונה היא שחייבו עצמם אעפ"י שאינם חייבים אז אעפ"י שכתוב לשון עבר מהני מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי והרי הודו שהם נתחייבו ואין אנו יודעים שלא נתחייבו שהרי אפשר שנתחייבו אפי' שלא בפני השליח דזכין לאדם שלא בפניו ועכשיו הודו מה שעשו שנתחייבו ואין שום גירעון במ"ש לשון עבר דמה לי אם נתחייבו עכשיו או קודם, בין הכי ובין הכי הרי הודו שנתחייבו וחייבים לגדל פרע חיובם. ועפ"י חילוק זה יתישב ג"כ הקושיא שהקשה מר ניהו רבא למוהרש"ג ז"ל דסתר דידיה אדידיה דאילו הכא בסי' ט' כתב דכיון שלא כתב לשון חיוב אלא הודאה שחייב לו ואינו אמת פטיר ואילו בסי' ל"ד הביא דברי מוהרשד"ם ז"ל דסי' כ"ט יחלק עליו מכח ההיא סוגיא דהשולח דהאומר נתתי וכו' הרי הוא שלו מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וה"ה בנדון הרשד"ם שכתוב נתחייב ודאי שנתחייב כדין בקנין וכו' יע"ש. ומכת"ר תירץ וז"ל דבסי' ט' הטעם שפסל השטר הוא משום דהתובע מודה וכו' עד ולפ"ז לעולם דבעלמא כל שחייב לו אף שהלשון מורה על העבר וכו' וכמ"ש בסי' ל"ד ופליג על מוהרשד"ם והרשב"א ז"ל עכ"ל. ואני הצעיר לא זכיתי להבין כונת סיום דברים אלו דכל שחייב לו אף שהלשון מורה על העבר וכו' דכיון שחייב לו מקודם פשיטא דצריך לכתוב לשון עבר דוקא כמו שהוא האמת ואפילו מוהרשד"ם לא פליג על זה והראיה שבסי' כ"ח כתוב שט"ח לשון עבר כולו והאריך בענין אחר ולא ערער ע"ז כלום יע"ש, ודוקא הכא שבא להתחייב ואינו חייב לו שום חוב פסל השטר מטעם דלשון השטר מורה שלעבר נתחייב ולא היה שום קנין וכו' יע"ש, וגם אפשר שלא היה שום דבר מקודם ואפ"ה פליג הרש"ג עליו מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וא"כ מהו זה שכתב כת"ר כל שחייב לו וכו', גם מ"ש דפליג על הרשב"א ליתא שהרי הוא כתב בסי' ל"ד שאין סתירה מדברי הרשב"א דהרשב"א לא אמר אלא שאין לו דין שטר אבל דין מלוה ע"פ יש לו וא"כ נמצא דלא פליג אהרשב"א כמ"ש מעכ"ת אכן לפי חילוקי האמור ל"ק כלל למוהרש"ג דבסי' ט' שכתוב שאני חייב לו וכו' שהוא לשון המורה שנתן לו המעות או סחורה האחר אז כתב דכיון שהאחר מודה שאינו חייב לו שום דבר פטור אבל בנדון הרשד"ם שכתוב נתחייב דהיינו שחייב עצמו ליתן מתנה להנער דאפשר להיות שנתחייב בקנין שלא בפני המקבל דזכין לאדם שלא בפניו אז חלק על מוהרשד"ם וכתב דכיון שהודה שנתחייב הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ובודאי שהיה החיוב כדין בקנין כמו שהוכיח מההיא דהשולח. ולפי דברי הרב הללו הרווחנו לנ"ד שאפי' את"ל דזאת ההנאה דהימנוה לא חשיבא וצריך קנין מ"מ לא תברא שכיון שכתבו נתחייבנו לשון עבר והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ודאי שהחיוב היה בקנין כדת וכהלכה וכ"ש לפי מה שהוכחתי בקונטריסי הראשון דבנ"ד אין צריך קנין דפשיטא דאין שום גירעון בלשון עבר זה אפי' לדעת מוהרשד"ם משום דכל טעמו של מוהרשד"ם ז"ל שפסל אותו הוא משום שהוא לשון סיפור דברים שלשעבר חייב עצמו בלי שום קנין. ומ"ש וקנינא הכונה היא שעתה קנו שכן הודה וא"כ נמצא שאין המתנה בקנין כי הקנין נעשה בעת שלא נתן לו דבר אבל בנ"ד שהוכחנו שאין צריך קנין אפי' מהרשד"ם מודה שחייבים שכיון שכבר הודו שנתחייבו ובלשון חיוב לחוד הם חייבים בלי שום קנין אין שום גירעון במ"ש לשון עבר דבין הכי ובין הכי הרי הודו שנתחייבו בלשון חיוב ומה לי נתחייבו עתה או מקודם וזה ברור לפקע"ד.

עוד הביא מכת"ר תשובת מוהרח"ש בסי' ת"ח ח"א סי' ט' שהכשיר שטר מתנה הכתוב בלשון עבר מטעם ההודאה לשעבר והביא ראיה מהרשב"א והרשד"ם ז"ל והכשיר השטר מטעם דיש לנו לומר שנתן כראוי והביא דברי הראב"ד יע"ש. והקשה עליו מכת"ר דהלא הרשב"א והרשד"ם פסלי השטר ואיך הביא ראיה מהם להכשיר ושוב חילק מו"ר שיחיה בין שטר מתנה לשטר חיוב דשטר מתנה אינו אלא לראיה אז כתב דמהני לשון עבר מטעם הודאה משא"כ בשטר חיוב דמה שאנו באים לגבות הוא מכח השטר צריך שיהא לשון טוב להבא ומה שהביא ראיה מהרשב"א והרשד"ם הוא לענין הלשון שהוא לשעבר ואין הנדונים שוין יע"ש בקונט' באורך. ואנכי הצעיר לכאורה היה נלע"ד היה חילוק זה טוב לפי שעפ"י זה יתישב קושית הרב מוהרש"ג בסי' ל"ד על מוהרשד"ם ז"ל מההיא סוגיא דהשולח דהאומר נתתי וכו' שמפני זה דחה דברי הרשד"ם מהלכה. ולפי האמור לא תברא דשאני ההיא דהשולח דמיירי בשטרי מתנה ולכך מהני לשון עבר מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי משא"כ בנדון הרשד"ם דמיירי בשטר חיוב דצריך שיהא לשון טוב להבא כמ"ש כת"ר לחלק מוהרח"ש לנדון הרשד"ם ז"ל.

אבן אחר ההשקפה נלע"ד דאין לחלק כלל ויפה תפס עליו מוהרש"ג והטעם דכי היכי דבמתנה השטר לראיה משום דהמתנה נקנית בא' מג' דרכים כמ"ש כת"ר ואמרינן כשהודה שנתן ודאי דכדין נתן ה"נ יש לומר בשטר החיוב שהחיוב נעשה כבר מקודם בקנין ונתחייב ליתן לזה סך זה מן הדין והשטר עתה אינו אלא לראיה בעלמא שכך נתחייב וא"כ כי היכי דבמתנה אנו אומרים אין אוזר הודאה כלום ובודאי שכדין נתן, ה"נ בחיוב כשהודה שנתחייב נימא שכדין נתחייב בקנין ואין אחר הודאה כלום ולמה פסל השטר מהרשד"ם ז"ל באומרו שאינו אלא סיפור דברים שנתחייב בלי שום קנין וכמו שהשיג עליו הרש"ג. והשתא הדרא קו' כת"ר לדוכתא על מוהרח"ש ז"ל ואין לומר דכל ראית מוהרח"ש מהרשד"ם הוא לענין הלשון דמורה לשעבר ובהא דוקא ס"ל כוותיה אבל בעיקר הדין פליג עליה וס"ל דכל שהודה שנתן או נתחייב אנו אומרים דבדין נתן וכמו שהביא מדברי הראב"ד ז"ל דכל כי האי מלתא הו"ל לפרושי דפליג עליה דהרשד"ם בעקר הדין ולא למסתם סתומי דמשמע דאין דינו סותר לדברי הרשד"ס ז"ל, גם ההוכחה שהביא כת"ר לחילוקו זה מדברי הרב משפט צדק ח"ב סי' ל"ו דהגם דבעלמא קים ליה כהרשב"א והרשד"ס מ"מ העלה להכשיר מכח דברי הראב"ד וכו' יע"ש. לע"ד נראה דגם על הרב משפט צדק קשה איך הביא דברי הראב"ד אחר דברי הרשד"ס ז"ל ולא נתעורר עליו דמכח דברי הראב"ד היה לו להכשיר השטר ואי ס"ל להרשד"ס כהרי"ף ז"ל מחמת הקושיא שהקשה עליו הרב גד"ת והרס"ח ועיין בספר משה חח"מ סי' ז' שהאריך בפרט זה והיה לי לשאת ולתת בדבריו ולסיבת טירדות הזמן לא יכולתי להאריך עתה בזה עד בוא מקומו ושעתו בע"ה. מ"מ היה לו להזכיר הרב ז"ל מחלוקת זה ולהכריע כס' הרי"ף ולא למסתם סתומי כאלו לא הוה שייך לנדון דידיה מחלוקת זה כלל. ולכן נלע"ד דלא דמי נדון הרשד"ס למחלוקת זה והטעם דבנדון הרשד"ס אין כתוב בשטר שאמר לעדים לכתוב שטר זה אז דוקא פסל השטר מחמת הלשון שהוא לשעבר שאינו אלא סיפור דברים ממה שעבר בלי שום קנין ואין כונתו להקנות שום דבר מדלא נוה להם לכתוב

שטר

כאשר יראה הרואה בספרתם הא לאו הכי הכל מודים לדינו דשטר בטל ומבוטל הוא ואינו אלא ספור דברים.

ובכן קם דינא בנ"ד דאין בכתב יד זה חיוב להפרע מן המתחייבים עצמם ומכ"ש מן היורשים ולכן לא אטפל עצמי לענין טענת פרעתי אשר הארך לחייב בכתב יד כזה דלע"ד נר' דאין עליהם שום חיוב כלל וכדכתיבנא.

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

שוב כתב על דברי הכתובים לעיל הא' הס' הפוסק הנז"ל וז"ל:

גם אנכי ידעתי בינ"י כי מידי דברי לא עמד טעמי בי וריחי נמר, לא במקרא ולא במשנה מה אדבר ומה אומר וא"כ איפוא מי בקש זאת מידי לבא אחר המלך מורי הרב המובהק נר ישראל מאיר עיני חכמים בהלכה הדולה מים מבורות עמוקים כשחק מאזנים וכמר. דרך ובא לו דרך חכמה ובינה אעיקרא דדינא ועשה לו מאמר. דן את הדין וזיכה ליורש מטעם דלישנא דשטרא גרוע וקלוש אתמר, והנה אני בא אחר המתכנסא לכל לראש העושה את ביתו אוצר כל כלי חמדה והיה כל מבקש ה' נער וזקן יכול תלמוד לומר. זאת אשיב אל לבי תורה היא וללמוד אני צריך ואקרא כה רובי תורתו אחד לאחד על סדר קונטריסו כמו שנאמר. ואתחנן אל ה' יורנו מדרכיו דרך הישרה להבין אמרי בינה כמעין המתגבר עולה וצומח כתמר, וזה החילי בס"ד.

ריש מילין חזי הוית למר ניהו רבה שפי' כונת דברי הש"ך בההיא סוגיא דדף קס"ח שפסק ר' יוחנן הלכה כר' יוסי וכו' כמוצג בקונטריסו באורך, אחרי המחילה רבה מכבוד תורתו לא נהירא לי פי' זה בדברי הש"ך מתרי טעמי חדא שהש"ך לא הזכיר זה של ר' יוחנן כלל כי אם המחלוקת ואם איתא לדברי כת"ר הכל תלוי. ועוד שהש"ך כתב וז"ל דבש"ס מדמי לה משום דמסתמא פלוגתן במתני' וכו' מיירי בין למ"ד אסמכתא קניא או לא וכו' ואלו לדברי כת"ר טעם הדמיון הוא משום דר"י ס"ל כמ"ד אסמכתא קניא ולפי זה פלוגתיהו היא דוקא למ"ד אסמכתא קניא דאילו למ"ד אסמכתא לא קניא אפי' ר' ישמעאל מודה שאינו מתחייב בלא קנין. ואני הצעיר נלע"ד עתה כונת הש"ך פשיטא בב' אופנים האופן הא' הוא דאין כונתו לראיה אלא להורות לנו המחלוקת היכן הוא וסמיך למ"ש בין למ"ד וכו' דהא לעיל וכו' כלומר דאיכא פלוגתא בזה ובאופן הב' הוא דכונתו לראיה והיא כך דהא לעיל וכו' פליגי ר"י ור' יוסי ואם איתא דר' ישמעאל ס"ל ג"כ דאסמכתא קניא הו"ל להזכיר הכי דר' ישמעאל ור' יוסי ס"ל דאסמכתא קניא אלא ודאי מדלא הזכיר אלא ר' יהודה ור' יוסי משמע דלא איפליגו אלא הני והך פלוגתא דר' ישמעאל ובן ננס מיירי בין למ"ד אסמכתא קניא ובין למ"ד לא קניא, והכונה דלמאן דאמר אסמכתא קניא מתחייב בלא קנין ולמ"ד לא קניא כשאמר ר' ישמעאל דמתחייב היינו בקנין ולכך בש"ס מדמי לה דר"י כר' ישמעאל ולפי סברתו דפסיק דאסמכתא קניא מוקי לה בלא קנין ולדידן דס"ל דלא קניא מוקמינן להו דערב בקנין משא"כ בההיא דחייב אני לך דליכא אסמכתא מתחייב בלא קנין כן נלע"ד כונת הרב ש"ך פשוטה ואין עליו שום תימא. גם מה שכתב עוד דלפי דרכו קשיא דמיון הערב שכתב הרמב"ם כמו שישתעבד הערב דאין הדמיון עולה יפה לפי דרכינו ל"ק דכי היכי דהש"ס מדמי ליה לערב אף דפלוגתייהו למ"ד דלא קניא ה"נ הר"מ כ"כ וכונת הדמיון הוא לענין החיוב דמתחייב הערב בדבר שאינו חייב ה"נ באומר חייב אני לך מתחייב אעפ"י שאינו חייב אבל לעולם דהא כדאיתיה והא כדאיתיה דבערב דאיכא אסמכתא צריך קנין ובחייב אני לך דליכא אסמכתא מתחייב בלא קנין. וזה עצמו נלע"ד הוא כונת דברי הש"ך בסי' מ' ס"ק ז' שהביא כת"ר ואינו כמו שהבין מכת"ר דהדמיון הוא לערב בשעת מתן מעות והוקשה לו דהש"ס מדמה ליה לערב לאחר מתן מעות הלא כונתו רצויה במ"ש דהדמיון הוא לענין החיוב דוקא ולעולם דחלוקים הם לענין הקנין. וכ"כ הרב הפרישה סי' קכ"ט סעיף ד' בעד הטור והרמ"א יע"ש בספרו באורך.

אכן מה שהקשה כת"ר על הסמ"ע דידיה אדידיה נר' ודאי קושיא אלימתא וזה עצמו קשה בפרישה שבסי' מ' פי' דברי הר"מ כמו שפי' כאן בסמ"ע ובסי' קכ"ט הכריח דדעת הטור והר"מ ז"ל דלא מהני בלא קנין כמ"ש בסמ"ע. ועוד קשה בפרישה בסי' מ' שסיים וז"ל ולשון הש"ס נקט הר"מ דמדמי התם הך דינא דר"י לערב היוצא קודם חיתום שטרות ע"כ. וזה הינו דבש"ס מדמי לה לערב היוצא אחר חיתום שטרות ואיך כתב דמדמי ליה לערב היוצא קודם חיתום שטרות וכעת צ"ע. ומ"ש עוד לעיקר קושית הלח"מ לע"ד נר' דוחק גדול לומר דדמיון הש"ס הוא לפי הס"ד ודלא כהלכתא, ועוד דלפי דרך זה קשו דברי הר"מ שכתב כמו שישתעבד הערב דהש"ס לא דימה אותם יצא לפי הס"ד ולא למסקנא גם מ"ש עוד דקרובים דבריו לדברי הר"ן ז"ל אנכי הצעיר לא ראיתי שום קורבה ביניהם ואינם קרובים אלא לדברי הרב ש"ך וכמ"ש הש"ך בסיום לשונו דלזה כיון הרב יע"ש בספרו. ובקונטריסי הא' נימנמתי גם על דברי הש"ך שכתב דלזה כיון הר"ן דא"כ עדיפא מינה הו"ל למימר דבערב אפי' בשטר לא מהני יע"ש באורך. ויש ליישב דהר"ן נקט מלתא דברירא בדברי הר"מ דבאתם עידי לא מהני משא"כ בשטר דיש לצדד כהגר"ת אבל לעולם דהוא ס"ל כדברי ה"ה דאפי' בשטר לא מהני בלא קנין ובמה שתירץ לאתם עידי יתורץ ג"כ לחלוקת השטר דה"ט לפי שהוא דומה לאסמכתא ואתו שפיר דברי הש"ך ז"ל.

עוד כתב מכת"ר דיש לדון על הוראתי מלשון הכת"י שכתבו זאת חתימתנו וכו' שנתחייבנו וכו' והך לישנא חספא בעלמא הוא בין אי דיינינן ליה כדין ערבות ובין אי דיינינן לה כדין שטר חיוב וכו' דאי אתינא עליה מדין ערב אין בלשון המתחייבים לשון חיוב ערבות וזה ממ"ש מהר"ש אלקלעי סי' מ"ר ושלשת השריגים אשר סמכו ידיהם עליו וכו' עד אם הוא מדין ערב הי"ל לומר ואנו ערבנים פרענים דמאחר דכדין ערב דיינינן ליה וכו' בעינן לשון טוב המורה שמתחייבים וכו' יע"ש. ואני הצעיר אחרי כי"ק שמעתי ולא אבין דמי זה אמר שאלו כונתם לערבות כדי שיכתוב מכת"ר דהיל"ל ואנו ערבנים וכו' דהא ודאי פשיטא דאלו אינם ערבים אלא מתחייבים חיוב גמור לפריע וכו' ע"מ שיגבו הם מהיחידים אלא דנלע"ד דאית ריעותא בחיוב זה דאיכא אסמכתא, לזה הבאתי ראיה מדברי מוהרי"ט ומדין ערב דב"ד דכיון דאית ליה הנאה גמר ומשעבד נפשיה אף שדומה לאסמכתא ה"ה לאלו המתחייבים דאית להו הנאה במאי דהימנוס חכמי עה"ק ירושלים ופקידיה גמרו ומשעבדי נפשיהו ולא תברא האסמכתא אכן מעולם לא עלה על לב לומר שאלו ערבים כדי לאורועי כח השטר ממה שלא כתבו ואנו ערבנים פרענים ואתי בידיה ההיא תשובה דמהר"ש אלקלעי וסיעתיה שאין ענינה כלל לכאן שהם מתחייבים וכתבו לשון חיוב.

עוד כתב מכת"ר דאף אם באנו לחייבם בתורת מתחייבים בכת"י יש לפקפק ממ"ש שנתחייבנו לשון עבר ואין לו דין כת"י לגבות בו ואייתי בידיה תשו' מוהרש"ג ז"ל

השטר מאחר שהיה כתוב בו וקנינא, וכמו כן יש לתמוה על מוהרש"ג ז"ל דמאחר שהיה כתוב בו וקנינא אגן סהדי וכו' א"כ אמאי פסל את השטר, זאת ועוד אחרת אני תמה על מוהרש"ג ז"ל דהרי מצאנו לו בסי' ל"ד דף ס"ו שרצה לפסול השטר מכח שהלשון מורה על העבר ונסתייע מתשו' הרשב"א ומתשו' מוהרשד"ס הנז"ל ואח"כ חלק עליו מכח הסוגיא דפ' השולח גבי האומר נתתי שדה לפ' אמר ר"י וכולן בשטר. ומה שכתב הר"ן עלה דכל שהוא לשון הודאה הגם דהוא בלשון המורה לשעבר דמהני משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי יע"ש באורך. אמור מעתה דלפי זה אמאי בסי' ט' דן הפך מזה ופסל השטר מכח הלשון המורה לשעבר ונמצאו דבריו דפלגן בהדייהו, והנלע"ד ברור לחלק ביניהם דשאני בנדון מוהרש"ג דסי' ט' הטעם שפסל הטור מחמת הלשון המורה על העבר לאו מטעם זה לחוד הוא דפסל ליה רק מטעם דמאחר דראובן עצמו היה מודה שאינו חייב לו רק עשה פשר דבר בין ראובן ובין הר' שמואל והר' מנחם שהם היו חייבים לו החוב אלא שכדי לקיים הפשר נתחייב הוא בעדים כמונג בנוסח השטר הכתוב בשאלה, ילכן הואיל וגם ראובן הוא מודה שמעולם לא היה חייב לו אם איתא שבא להתחייב לו הי"ל לכתוב בלשון עתיד לא בלשון המורה לשעבר ומטעם זה הוא דפטרו שם וכמו שסיים שם מוהרש"ג וז"ל וכיון שכן נלע"ד דלכ"ע היכא שהוא ידוע שהוא לא היה חייב לו מקודם וראובן לא בא לתבוע ממנו אלא מכח השטר דלכ"ע לא זכה ראובן באותה הודאה דבמה יזכה בה כיון שלא נתחייב בשום לשון של חיוב אלא שהודה לו שהיה חייב לו מקודם וכבר ראובן מודה לו שאינו חייב לו עכ"ל. ולפי זה לעולם דבעלמא כל שחייב לו אף שהלשון מורה על העבר ס"ל דהודאתו בחיוב מהניא מטעם דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכמ"ש בסי' ל"ד ופליג על מוהרשד"ס והרשב"א ז"ל כנלע"ד ביישוב דברי מוהרש"ג אהדדי וק"ל.

ואת זה ראיתי בס' הנדפס מחדש למוהרח"ש הנק' תורת חיים בח"א סי' ט' על שטר מתנה שכתוב בו הנני מודה בפניכם וכו' איך אמת הוא שנתתי מתנה גמורה וכו'. דיש לפרשו שהכל הוא הודאה שמודה שנתן במעכשיו וכו' וכיולא בזה גר' מתשו' הרשב"א וכו' על שטר שכתוב במותב תלתא וכו' כשהודית וכו' והשיב לשון זה וכו' שיש במשמעו שהיא הודית וכו' שהיא חייבה עצמה ככר לראובן ושנטלה בקנין וכו' ואילו נתחייב עכשיו הול"ל וחייבה עצמה בפנינו וכו' עד וכעין זה ג"כ כתב מוהרשד"ס בתשו' השייכות לח"מ סי' כ"ט וכו' עד וא"כ הכא כיון שנר' שהיא הודאה שהודה שנתן מהלשון דכתיבנא לעיל. א"כ אע"ג דהיו קטנים יש לנו לומר שנתן כראוי ושזיכה להם ע"י אחר והביא ראיה ממ"ש הראב"ד על תשו' הרי"ף יע"ש באורך. ולכאורה דבריו מגומגמים דמה ראיה מביא מתשו' הרשב"א ומוהרשד"ס להכשיר השטר דהלא הרשב"א והרשד"ס פסלו את השטר מכח הלשון דמורה לשעבר וא"כ איך מייתי ראיה מינייהו להכשיר כיון שהיא ראיה לסתור. ובראותי היטב אמינא דל"ק כלל דלעולם גם מוהרח"ש ס"ל כותייהו דבלשון השטר שמורה לשעבר דודאי פסול. אלא דס"ל דלא אמרו כן אלא דוקא בשטר חיוב דכיון דעיקר שאנו באים לגבות הוא מכח השטר בעינן שיהא שטר עשוי כדינו בלשון להבא אמנם בשטרי מתנה דהמתנה נקנית בא' מג' דרכים כמו מכירת קרקע, והשטר אינו אלא לראיה להורות שנתן המתנה כדינא ולשון המתנה הכתובה בשטר בלשון לשעבר אינו אלא ראיה להורות שזה ימים נתן המתנה וכל שטר מתנה הכתוב לשעבר מכשרינן ליה דאמרינן ודאי שכשנתן המתנה נתנה כדינא דבשלמא כשלשון המתנה הוא להבא

דמורה דמקני ליה המתנה בהך שטרא או מדקדקין בו לדעת אם היתה כדינא אבל כל שהוא שטר ראיה אין מדקדקין בו אלא אמרינן ודאי שניתנה כדין. וכל עיקר ראית מוהרח"ש שהביא מהרשב"א והרשד"ס היינו להורות שכל שהוא כתוב בלשון עבר הוי שטר ראיה המורה על העבר ולזה הביא ראיה מהם וכיון שכן הכא שכתוב נתתי, המורה על העבר ראה להכשירו מתרי טעמי או ממ"ש הראב"ד שחלק על הרי"ף וס"ל דכל שכתוב נתתי אין לפוסלו אלא אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והרי הודה על עצמו שנתנה ובודאי שנתן כדין כמו כן יש להכשיר מטעם זה בנ"ד. אי נמי דאפי' הרי"ף יודה דכשר בנ"ד כיון שכתוב בו שנעשה כתחז"ל ומתרי טעמי הללו העלה להכשיר אבל לעולם דבשטרי חיוב יודה להרשב"א והרשד"ס דכל שכתוב בלשון עבר דפסולין כנ"ל ברור ודוק. גם יש ראיה לזה ממ"ש בשו"ת משפט לדק ח"ב סי' ל"ו דאחר שגמגם דיש לפסול שטר מתנה מכח הלשון שהיה כתוב בלשון עבר נתתי מחמת דברי הרשד"ס והרשב"א ז"ל ואחר שפלפל על דברי הרשד"ס והרשב"א בכל דבריהם אחר זה העלה להכשיר מכח דברי הראב"ד שהכשיר בשטר מתנה שכתוב בו נתתי מטעם הודאת בע"ד ומכח ספק ספיקא ספק אי הלכה כהרי"ף או כהראב"ד ואת"ל כהרי"ף דילמא הלכה כהנהו רבוותא דסברי דיש לקיים השטר אפי' שיש בו ב' הבנות ואם כן נאמר שבשטר מתנה זה אחר שכתב מה שכתב חזר לכתוב ומעתה ומעכשיו נתחייב ראובן וכו' די"ל דעל עתה הוא, דאחר שסיפר להם מה שהיה לשעבר עתה חזר ונתחייב פעם אחרת יע"ש באורך. הרי דהגם דבעלמא קים ליה כהרשד"ס והרשב"א הכא העלה דמהני מכח דברי הראב"ד שכתב דכל שהודה שנתן נאמר שכדין נתן ומשוי ליה ספק ספיקא מכאן ראיה למאי דכתיבנא בדעת מוהרח"ש ז"ל, ואל יקשה עליך ממ"ש בשו"ת משפט לדק ח"ב סי' ל' דגם בנדון ההוא היה על שטר מתנה שהיה כתוב בפנינו עח"מ הודה פ' איך נתחייב לתת לבנו שמעון וכו' וגמגם בה הרב ז"ל לפסול השטר מכח הלשון המורה לשעבר מדברי הרשד"ס הנז' והרשב"א ושוב הכשירו מכח מה שהיה כתוב שטר מתנה זו. כתבוה בשוקא וכו' שזה מורה שמ"ש בתחלה היה טעות סופר יע"ש דרך ארוכה. וקשה דאמאי לא הכשירו מכח ספק ספיקא כאשר העלה בסי' ל"ו ולמה תלה הדבר בט"ס. ואחרי ראותי אמינא דהא ודאי בורכא דיש לחלק בין הנדונים ושאני בההיא דסי' ל' שהוא כתב ונתחייב לתת ולא היה כתוב נתתי ולכן אין שייכות בנדון ההוא לדברי הראב"ד ולכן אתי עלה להכשירו מכח מ"ש בתר כן כתביה בשוקא וכו' והוא ברור לכל מבין.

בכלל העולה מזה דכל הפוסקים חשו לדברי הרשב"א והרשד"ס לפסול כל שטר המורה בלשון עבר וגם הרב משפט לדק ומוהרח"ש ס"ל כן ולכן בכל שטר המורה לשעבר ואין בו לישנא דמורה הפך פסלינן ליה. ובפרט בשטר חיוב דבעינן שיהיה כתוב כהוגן המורה חיוב גמור לא סיפור דברים. ועיין בס' מוהר"י אדרבי סי' קפ"ח ובשו"ת מוהר"י לירמא סי' י"ט שהסכימו לדברי הרשד"ס יע"ש. באופן דלהקת נביאים נתנבאו בסגנון אחד דבשטר חיוב שכתוב בלשון עבר כלא הוא חשוב ואין בו ממש ולא נמלא חולק בזה זולתי מוהרש"ג בסי' ל"ד יע"ש. והנה כי כן הדר דינא לנ"ד דלשון החיוב הכתוב הוא על העבר זאת התימתנו שנתחייבנו וכו' דודאי אין בו מתום להחזיקו בחיוב גמור להוציא מן היורשים. דלא יהא אלא מחלוקת מספיקא לא מפקינן ממונא בכתב יד גרוע וקלוט כזה ובפרט שאין בו קנין וכל החולקים על הרשד"ס לא חלקו אלא מטעם שהיה כתוב בו וקנינא

כאשר

סי' פ"א על מי שכתב שכל חוב או חובות שיתחייב אביו וכו' שילא ערב בנו בעד ל' אלף לבנים. וכתב לזה מוהרי"ט דכל שיעבוד כה"ג לא בעי קנין דממ"ש לשון ערבות מעתה מתחייב למלוה ולכך כותב לו בשטר כדי להראותו בשוק שהלוהו על אמונת בנו ובההיא הנאה שיודע שעל אמונתו ילוו לאביו גמר ומשתעבד בלא קנין ע"כ. וא"כ יצא הדין לנ"ד שחכמי ירושלם וגבירי קושט' האמינו לאלו המתחייבים והניחו מלגבות מהיחידים ועלמם גמרי ומשעבדי נפשייהו בלא קנין אף שדומה לאסמכתא דומיא דערב ב"ד דגמר ומשעבד נפשיה אלו תורף דברי החכם השלנו הפוסק יל"ו כמוגג בקונטריסו. והואיל ובאנו לידי מידה זו אני בעניי יש לי לדון על הוראתו זאת וזה ממה שכתוב בנוסח בכתב יד המתחייבים המוגג לפנינו וז"ל כן עתה זאת חתימתנו תעיד על עלמינו איך מודים אנו הח"מ הודאה גמורה כמודים בפני ב"ד חשוב אמת הדבר ויציב כתבא שנתחייבנו לתת לכו' עיה"ק ירושלים תוב"ב סך שמנים גרוש' לשנה מן היום הזה עד מלאת עשר שנים רצופות וכו'. והך לישנא דחיובא לדידי חזי לי כעת דלאו חיוב הוא וחספא בעלמא הוא בין אם דיינינן ליה כדין ערבות ובין אי דיינינן ליה כדין שטר חיוב מכל השפי לדין, שטרא גריעא הוא ולאו ברי בחיובא הוא, כי מגרעות נתן ועמוס בלשונו הוא כאשר אבאר בס"ד. ואי אתינא עליה מדין ערב אין בלשון המתחייבים לשון חיוב דערבות וזה ממ"ש מוהר"ש אלקלעי ז"ל בתשו' סי' מ"ה על שטר שכתוב בפניני עדים ח"מ בא פ' ואמר לנו הוו עלי עדים נאמנים איך מכל אשר יתחייב שמעון ללוי וחביריו נכנס ראובן ערב פרען מכל אשר מחוייב להם וכו' והשיב הרב הנז' דאין בערבות זו ממש מכמה טעמי ומכללן כתב וז"ל וזולת זה יש להסתפק בלשון שטר זה שכותב כל מה שיחוייב והיה ראוי לכתוב כל מה שתתן לפ' לה לשון יחוייב וכו' דבכל שטר בעינן לשון טוב ולשון המורה בפי' ענין חיוב הלוה והערב וכו' וכשאינו עשוי כתיקון חכמים לא מגבינן אפי' מבני חרי וכ"ש בענין ערבות דהויא אסמכתא אלא מטעמא דמהימן ליה הוי ערבותו ערבות ואם לא היה מטעם זה אין הערבות שוה כלל וא"כ לפחות בעינן לשון טוב ולא גרוע וכו' עד והאי שטרא חספא בעלמא יע"ש באורך. ואתה תחזה שלשת הסריגים שרי לבאות ישראל אשר סמכו ידיהם עליו בהוראה זו. ראשון. לליון מוהר"ס מאמאלון כתב וז"ל ונאמר שמטעמים אחרים ראובן זה פטור וזה שאם לשון זה הכתוב בשטר לשון חיוב שמחייב עלמו הי"ל הוו עלי עדים איך אני מתחייב לא כמ"ש עתה איך מכל וכו' נכנס ערב ואם הוא לשון הודאה שהוא מודה בפניהם איך בזמן העבר נכנס ערב הי"ל איך אני מודה שנכנסתי ערב לא זה הלשון שאין לו שום הבנה עכ"ל מוהר"ס מאמאלון יע"ש. גם מוהרשד"ס ז"ל סמך ידיו עליו וכתב וז"ל הא ודאי דשטר זה חספא בעלמא הוא והטעם שאין לו הבנה כלל כ"ש במ"ש מכל מה שנתחייב וכו' נכנס ערב מכל אשר מחויב וכו' והרי לשון זה מורה על העבר לא על העתיד שהרי להורות על העתיד היה צריך שיכתוב מכל מה שיתחייב פ' מתחייב אני וכו' וזה ברור כשמש גם נכנס אינו רולה לומר שעתה הוא מתחייב רק שכבר נכנס וכיולא שאם כתוב בשטר כאשר הודה פ' אינו רולה לומר שהוא מודה עתה אלא שרולה לומר שהודה כבר ועתה אני אומר ששטר זה חספא בעלמא עכ"ל יע"ש.

אמור מעתה בנ"ד אי דיינינן ליה מדין ערב אין בלשון החיוב מורה על זה וזה ממ"ש זאת חתימתנו וכו' שנתחייבנו וכו' שלשון זה מורה על העבר וכדי להורות על העתיד הי"ל לומר שאנו מתחייבים גם אם הוא מדין ערב הי"ל לומר ואנו ערבנים פרענים דמאחר דבדין ערב דיינינן ליה מאחר שהערב הוי אסמכתא בעינן לשון טוב המורה שמתחייבים משא"כ עתה דהך לישנא גרוע וקלוש חזרנו לדין מוהר"ש אלקלעי ודיכן סמיכן ליה דדנו להך שטרא חספא בעלמא ואפי' למגבא מבני חרי לא גבינן ביה דבשלמא אי לישנא דשטרא היה עשוי בלשון חיוב כהוגן שפיר, אמנם עתה דאין החיוב כדת מה לעבות הא אתרע שטרא.

ואף אם נאמר דבנ"ד יש לחייבם מדין מתחייב בשטר או בכתב ידו. גם זה יש לפקפק מחמת הלשון שכתוב זאת חתימתנו וכו' שנתחייבנו דמאחר דלשון זה מורה על העבר אין לו דין כתב יד לגבות בו. לא ולמד ממ"ש בתשו' משפטים ישרים בתשו' למוהר"ם גאון סי' פ' על שטר שהיה כתוב בפנינו עח"מ הודה פ' הודאה שרירא וקיימא כמודה בפני ב"ד חשוב דלא להשנאה וכו' היך אמת שהוא חייב לראובן חוב גמור וכו' יע"ש, והביא הך סוגיא דפ' הנושא הנז"ל דהאומר לחבירו חייב אני לך מנה בשטר ר"י אמר חייב ור"ל אמר פטור וכו' וכתב וז"ל אמנם נלע"ד דכ"ע יודו בנ"ד שאין מחייבין לשואל ע"י זה השטר משום די"ל שהם לא כתבו וכו' אלא דוקא כשאמר זה הלשון שהוא חייב מנה לך בשטר וכו' ואינו לשון הודאה אלא לשון חיוב שמתחייב לו וכו' אמנם בנ"ד שכל לשון השטר הוא לשון הודאה שמודה לו שהוא חייב ולא שבא להתחייב, משום דמי שבא להתחייב אינו כותב כמודה בפני ב"ד חשוב דלא להשנאה וכו' ואם הוי הדבר שבעת מתחייב לו לא שייך לומר דלא להשנאה וכו' ואיך אמת הוא וכו' דמה אמת או שקר שייך במי שמתחייב כעת וכו' אלא ודאי שהאמת הוא שבעת אינו מתחייב אלא שמודה וכו' יע"ש. שמכח זה פסל את השטר אפי' שהיה כתוב בו קנין ושבועה יע"ש דרך ארוכה, דון מינה דה"ה והוא הטעם לנ"ד דמאחר שכתוב דרך הודאה ובלשון עבר ואין בו קנין דאין זה קרוי כתב יד מאחר שאין כתוב איך אנו מתחייבים בלשון המורה על העתיד. ואתה תחזה כי דברי מוהרס"ג יש להם על מה שיסמוכו כי יש לו גדול להשען עליו הוא מוהרשד"ס ז"ל בח"מ סי' כ"ט שכתב בתשובת שאלה על שטר שהיה כתוב בו בפנינו עח"מ בא פ' והודה ברלון נפשו בלי אונס כלל איך לכבוד פ' בתו נתחייב מהיום להחזיק בביתו הנער פ' וכו' וקנינן אנן סהדי וכו' והשיב בתשו' שחלק על מוהר"ש אלקלעי ז"ל ומוהר"ש ברוך שאינו מסכים לדבריהם מאחר דלישנא דשטרא גריע טובא שהרי לשון הודה ונתחייב מורה על העבר לא שנתחייב עתה דאם עתה היה מתחייב כך הי"ל הוו עלי עדים שאני מתחייב אבל עתה נראה שאינו אלא לשון סיפור דברים בעלמא וכו' עד וכיולא בזה כתב הרשב"א סי' אלף קמ"ט על שטר שכתוב במותב תלתא כחדא הוינא כשהודית פ' וכו' יע"ש וזה מורה כסברת מוהרס"ג ז"ל שהזכרנו, איברא שראיתי לאילי ישראל קראו תגר על תשובת מוהרשד"ס דמאחר דכתוב וקנינא אמאי פסל השטר ה"ה בתשו' משפט לדק ח"ב סי' ל"ו קרא עליו ערער דהרי מתשו' הרשב"א שהביא סעד לדבריו משם מורה דטעמא דפסל השטר היינו משום דמורה הלשון לשעבר וגם אין כתוב בו וקנינא. וא"כ בנדון מוהרשד"ס דכתוב וקנינא השטר שטר מעליא הוא ולדידי חזי לי דמתשו' אחרת להרשב"א סי' אלף קנ"א הרואה יראה דשם נוסח השטר היה לשעבר שכך היה כתוב במותב תלתא כחדא הוינא כשהודית בפנינו וכו' שקבלתי מראובן וכו' והרי הם אללי חוב, ולשון הראשון מורה לשעבר וגם שקבלתי לשעבר משמע והרי הם אללי חוב ג"כ מורה על העבר שהי"ל ואני חייבת סך פ' וכו' ואפ"ה חייבו הרשב"א והטעם ודאי משום שבסוף השטר כתוב קנינו מלאה המז'. א"כ יגדל התימה על מוהרשד"ס איך פסל את השטר

שיכחישנו גובה בלא שבועה דומיא למ"ש הרא"ש בדין מת תוך זמן דמן היורשים גובה בלא שבועה דאין מי שיכחיש אותו ומן הלוה עצמו צריך שבועה לפי שמכחישו ה"נ נאמר לדעת הר"מ בדין זה. דאין המשפט גלוי וכ"ש לדעת הרמ"א והרמב"ן · דעדיף טפי הך חזקה מההיא דמת תוך זמן דפשיטא דגבי ·מן היתומים בלא שבועה במכ"ש דתוך זמן וכ"ש בנ"ד די"ש לנו הטעמים הראשונים דלא ברירא חיובא וגם ·הקרובים ובני ביתו יודעים שלא פרע דעדיפא מחזקה דתוך זמן כמ"ש הרב מוהרדב"ז וגובה מן היורשים בלא שבועה וגם להתפסת לרדי בשעת מיתה ליכא למיחש בנ"ד שהרי הרגוהו פתאם בשוק ולא ידע יום מותו להתפיס לרדי דפשיטא דגובה בלא שבועה לנ"ע .

כלל העולה לנ"ד כי חייב יורש ראובן לפרוע מנכסי אביו כל הפחת שפיחת מהסך שנתחייבו ולא מצי למיפטר נפשיה לא בטענת פרעתי ולא התפסת לרדי ויעשה נחת רוח לאביו וכל זה כתבתי לא להלכה ולא למעשה עד אשר יסכימו עמי הרבנים המובהקים דפקיעי ומומחי היושבים על כסא דין כי להם לבדם נתנה הא"ש להוציא משפט לאשורו מכמה לדדין, ויהיו נא דברי משנה שאינה לריכה לא מעלין ולא מורידין, כה דברי עבד נרלע לכל יודעי דת ודין, ושותה בלמא דבריהם לתיאבון.

הלעיר **יונה נבון** יל"ו.

תשובה זאת שלחה אלי הפוסק הנז"ל לחוות דעי גם אני וזאת תשובתי אליו. תחילת דיבר ראיתי אנכי הרואה ראיה מהימנא שבועי דרבנן מרגניתא דלית בה טימי ונתון אל לבי להשתעשע בדברות קדשך עפ"י קונטריסך. כי חביבים עלי דברי דודים אמרות טהורות נושא ונותן בדבר הלכה ויאורו עיני וישמח לבי גם אני בראות עסקך לש"ש ודברות קדשך מלהבות אש ברשפי אהבה אהבתה של תורה שואל כענין ומשיב כהלכה, חדאי נפשאי לך קראי לך תנאי תלמיד המחכים את רבותיו דהבא פריכא, ואשתעשע במלותיך אשר אהבתי מאן דתני אהבה רבא לא משתבש ריכא ובר ריכא, אשרי עין ראתה חיבת עין עין ימין הא"ן נבון וחכם טבא חדא פלפלתא מתרגם במיני תרגמא בשבעים פנים לא נלרכה לדבר הלכה, ואברכה שמך ברוך אתה לה' עינא דחזי לך בכישותא ליפקע ואפקעינהו רבנן לא שלטה בך עינא בישא זיל הכא קא מדחי לה וזיל הכא, נטיעותך כמוך יד ושם בעשר ידות עשר נטיעות הלכה, איכו השתא אנא דאמרי ידיד ה' אם ראה תראה כי תט אשורי מני ארחיך כך היא המידה מראש מקדם נסוכה, בבקשה ממך אל ירע בעיניך כך למדונו רבותינו את והב בסופה לכוין את ההלכה, וידעתי כי הרואה אומר מה זו סמיכה, האמנם לעשות רלונך חפלתי ותחילת דיבר ראיתי ונתון אל לבי להשיב אמרים על פי קונטריסך הבהיר דרך שקלא וטריא ע"כ אמרתי לכה ואנסכה, וזה החילי בס"ד. ריש מילין חזו הוית בחקירת חכם בא במחתרת לחתור התירה אוחל חיובא על המתחייבים עלמם ועשה לו פותחת בפתיחתא דחכימי ורמי עליהו חיובא ומדמי מלתא למלתא לערב ב"ד דלא בעי קנין בההיא הנאה וכו' והכא נמי לא שנא. ויחפור באר אחרת מענין לענין באותו ענין במה שתמה הלא"מ בפסק הר"מ בפי"א מה' מכירה דלפי הסוגיא דפ' הנושא רמי תרי פסקי דהר"מ הך דהכא עם מה שפסק בפכ"ו ממלוה דמאחר שפסק בה' מכירה דבמחייב עלמו חייב בלא קנין וסיים כמו שישתעבד הערב. א"כ אמאי בה' מלוה פסק בערב היולא לאחר חיתום שטרות דבעי קנין, ועוד דאמאי לא מהני באתם עידי בלא קנין כי היכי דמהני בחיוב אתם עידי. וקושיא זו האחרונה הקשה הר"ן ז"ל לדעת הר"מ וכתב דהיינו טעמא דלא מהני בערב אתם עידי לפי שהות דומה לאסמכתא ובזה תירן הלא"מ שאר הקושיות. ושוב חזר והקשה דמדברי הש"ס משמע דההיא דערב בלא קנין מיירי דאל"ה אין הדמיון טוב והניחו בל"ע, והיה אפשר לומר דמאי דמדמי ליה הש"ס לערב היולא אחר חיתום שטרות לגדדין קאמר דכי היכי דבערב היולא לאחר חיתום שטרות מהני בקנין להיותו אסמכתא, הכי נמי במחייב עלמו דליכא אסמכתא מהני בלתי קנין ודיחק. ואת זה חזיתי כתוב בדברי קדשך שהש"ך בח"מ ס' קכ"ט ס"ק ט' תירן לתמיהת הלא"מ דהש"ס מדמי לה .משום דמשמע ליה דפלוגתא דר"י ובן ננס היא אפי' למ"ד אסמכתא קניא ולכך מיירי בלא קנין, אכן לדידן דקי"ל אסמכתא לא קניא לריך קנין משום שדומה לאסמכתא. והקשית שהסברה שכתב הש"ך לזה דהא לעיל וכו' לא ידעתי אסברהו עכ"ל, ולעד"ן כי דברי הש"ך ברור מללו והלא כה דבריו דבפ' ג"פ דף קס"ח איפליגו במתני' ר' יוסי ור' יהודה דר"י סבר אסמכתא קניא ור' יהודה סבר אסמכתא לא קניא ואמרינן עלה כי אתו לקמיה דר' אמי, אמר להו וכי מאחר שר' יוחנן מלמדנו פעם ראשונה ושניה הלכה כר' יוסי אני מה אעשה ואין הלכה כר' יוס ע"כ נמלא דר' יוחנן ס"ל דהלכה כר' יוסי דאסמכתא קניא אבל אנן קי"ל דאסמכתא לא קניא וכמסקנת הש"ס דפ' ג"פ הנז' והשתא ס"ל להש"ך ·דמאי דמדמי ר' יוחנן עם ההיא דערב וכו' היינו לסברת ר' יוחנן דפסק הלכתא כר' יוסי דאסמכתא קניא ולכך לדידיה לא בעי קנין גם בערב. אבל לדידן דס"ל דאסמכתא לא קניא א"כ בערב בעי קנין זו היא כונת הש"ך. אלא דקשיא לפי דרכו מה שסיים הר"מ שם בה' מכירה כמו שישתעבד הערב, וכתב שם הש"ך בס"ק ז' דכונת הר"מ בזה הוא לומר שהרי חייב עלמו אעפ"י שאינו חייב כמו שישתעבד הערב אעפ"י שאינו חייב וק"ל, כנראה דס"ל דדמיון הרב שדימהו לערב היינו לערב בשעת מתן מעות דמשתעבד בלא קנין ועכ"ז לא הונח לי דהרי הש"ס דימהו לערב היולא לאחר חיתום שטרות ולא לערב דשעת מתן מעות. ועוד זאת ראיתי להש"ך שם בס"ק הנז' תמה על הסמ"ע דפי' מ"ש כמו שישתעבד הערב היינו דומיא דערב היולא קודם חיתום שטרות דלא בעי קנין והשיגו הש"ך דלא דק דהא ס"ל להר"מ דערב היולא קודם חיתום שטרות בעי קנין יע"ש. ובאמת דיפה השיגו בזה ובדעתי יותר הי"ל להשיגו מדברי הסמ"ג גופיה בסי' קכ"ט ס"ק י"א שהוכיח כן בדעת הר"מ דבערב היולא קודם חיתום שטרות בעי קנין ואם לא קנו מיניה אפי' מבני חרי לא גבי יע"ש. וא"כ דברי הסמ"ע דסי' מ' סותרים למ"ש בסי' קכ"ט ופליג דידיה אדידיה ול"ע, אמנם לעיקר תמיהת הלא"מ הנז' היה נלע"ד דס"ל להר"מ דמאי דמדמי הש"ס דברי ר"י לההיא דערב היולא לאחר חיתום שטרות היינו לפום מאי דס"ל דבערב היולא לאחר חיתום שטרות דלא בעי ה"נ דכותה, אמנם לפי מאי דאסיקנא בס"פ ג"פ ואלכתא בכולהו בעי קנין ברי מערב דב"ד לפי הגירסא שהביא ה"ה ז"ל בפכ"ו מה' מלוה. א"כ לפי הך מסקנא דבעי וכן הלכתא א"כ תו לא מדמינן דברי ר"י עם ההיא דערב דאיכא למימר שאני ערב דבעי קנין משום דהוי אסמכתא משא"כ הכא דמתחייב עלמו משתעבד בלא קנין וקרובים דברי לדברי הר"ן ז"ל כנלע"ד ודוק .

ומעתה אלכה לי למ"ש ידיד נפשי הח' הש' סוה"ר הפוסק יל"ו דבנ"ד דמי לערב דב"ד דפסקו ז"ל דמשתעבד בלא קנין הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו בההיא הנאה גמר ושעבד עלמו. וה"ה אם כתב בכתב ידו שהוא ערב ושלח להם לב"ד כל שב"ד פטרוהו מחמת ערבותו בההיא הנאה דהאמינוהו אמרינן דגמר ושעבד עלמו, והביא ראיה לדבריו ממ"ש מוהרי"ט בשניות חח"מ סי'

בשני אופנים האופן הא' הוא שהרי כתב הטור בסי' ק"ח דהא דמית גו זימניה דנפרע אפי' מהיתומים קטנים במלוה ע"פ היינו כשנתקבל העדות בחיי אביהם שאל"כ אין מקבלין עדות בפני קטן יהוא מוסכם כמ"ש מר"ן הב"י יע"ש מעתה נסתלקה הקושיא לפ"ז דכיון שהוא מלתא דלא ברירא חיובא כגון ההיא דשותפין דלא יפרע עד שיחייבוהו ב"ד א"כ צ"ל דלא תבעו זה בחיי אביהם לב"ד ולא ידע שהוא חייב בדין ולכן לא מהימן לומר פרעתי אלא עתה תבע ליתומים ואם כן צריך לקבל העדוה עתה שסמך לו כותל ואין מקבלין עדות בפני קטן ומתני' מיירי ביתומים קטנים לכך הוצרכו לאוקומי בב"ח גוי ולמסקנה כשחייב מודה. ובאופן הב' הוא עמ"ש ה"ה ז"ל עמ"ש הר"מ ז"ל פי"ב מהלכות מלוה דין ב' וז"ל שט"ח אפי' היו בו כל תנאי שבעולם לא יפרע בו המלוה כלום עד שיגדילו היתומים וכו' וכתב הראב"ד ואם כתב בו שיהא נאמן אפי' על שובר למה לא יגבה בו אלא לפי הקושיות שהקשו על רב אסי במ' ערכין ולא תירץ זה התירוץ בשטר שיש בו נאמנות ש"מ אין שום נאמנות מועיל לקטנים ע"כ. וכתב עליו ה"ה ז"ל ואין צורך להשיב בזה וכו' אבל הראיה איני מכיר לפי שיש לדחות דכי היכי דלא אמר שמתיה ומת בשמתיה לפי שאינו מצוי לא אמר נאמנות וכו' יע"ש, מעתה לפי זה יתורץ ג"כ קושיא זאת דלפי שאינו מצוי דבר זה שאין המשפט גלוי לא תירצו כן כי היכי דלא תירצו הא דשמתיה ונאמנות כמ"ש ה"ה ז"ל. והן אמת שזכורני שהרב משאת משה תמה על דברי ה"ה אלו שאמר כי היכי דלא אמר שמתיה וכו' שהרי אמרו שם בסוגיא דערכין מאי בינייהו איכא בינייהו וכו' אי נמי שמתיה ומת בשמתיה שלחו מתם שמתיה ומית בשמתיה ופי' רש"י שלחו מתם בדשמתיה ומית בשמתיה מיתוקמי כל הנך מתנייתא דלעיל א"כ נמצא דהרי אוקמו בש"ס מתני' בשמתיה אף דלא שכיח והיכי קאמר ה"ה כי היכי וכו' יע"ש. בספרו אכן נר' שכשכתב זה לא היה ספר לח"מ מצוי אצלו שכתב על דברי ה"ה דלא ס"ל כפירש"י אלא מפרש דשלחו מתם בשמתיה בשחייב מודה אבל לא דהני מתנייתא איירו בהכי יע"ש בספרו. ואני הצעיר נלע"ד להביא ראיה לפי' זה של ה"ה ז"ל מסוגיא דמס' בתרא דף קע"ד שהביאו שם פלוגתא דרב פפא ורב הונא ואמרו מאי בינייהו איכא בינייהו בשחייב מודה אי נמי שמתיה ומית בשמתיה שלחו מתם שמתיה ומית בשמסיה, ע"כ והתם לא הביאו הני מתנייתא דהכא שהקשו לרב אסי ואפ"ה אמרו שלחו מתם ובודאי שפי' הוא כמ"ש ה"ה דשמתיה הוי בחיוב מודה וכן פירשב"ם שם יע"ש ולא כמ"ש רש"י דמתנייתא מיתוקמו בהכי וא"כ נמצא שדברי ה"ה נכונים ובהכי מיתרלה קושיתו לדברי הרבנים ג"כ והסוגיות אהדדי, אכן אי קשיא בסוגיא זו דערכין הוא מה שהקשה הרב לח"מ ז"ל דלפי מ"ש ה"ה דמת תוך זמנו גובה אפי' מהיתומים קטנים א"כ אמאי לא תירצו בש"ס כן במס' ערכין כשהקשו לרב אסי מהני מתנייתא והוא ז"ל כתב ואולי דגם זה אינו מצוי כ"כ יע"ש בספרו ואף שהוא ז"ל בדרך אולי קאמר לה, אנכי לא ידעתי אסברהו כלל דמילתא זה איט מצוי וכי להיותו תוך הזמן לא שכיח שימות והנכון בזה הוא מ"ש הרב בעה"ת בשער י"ד ה"א וז"ל וכן כולה סוגיא דשם היתומים דלא מתרצינן למתני' בתוך זמן לרב פפא ולרב הונא היא ע"כ וכונתו היא ודאי כמו שפי' הרב גד"ת דההיא סוגיא לא מיתרצה בתוך זמן משום דכיון דבטעמא דההיא שמעתא איפליגו רב פפא ורב הונא צריכנא לאהדורי לתרולי מתני' כחד מינייהו ואי נתרץ בתוך זמן הויא דלא כחדא מינייהו דהא תרויהו כאביי ורבא ס"ל דאדם פורע תוך זמנו כמ"ש בריש השותפין ומעתה תפול התימא על דברי התוס' שם בריש השותפין

שכתבו ומיהו יש להביא ראיה דאפי' רב הונא וכו' לא גבי מהיתומים קטנים וכו' מדפריך לרב אסי ודחיק לשנויי בב"ח גוי וכו' ולא משני הב"ע בשלא הגיע זמנו בחיי האב ואין לומר דההיא סוגיא סברה כרב פפא דהא במסקנא משני בשחייב מודה והאי שינויא ליתא אליבא דרב פפא עכ"ל. והא ודאי דבריהם תמוהים לפי זה דכיון דרב הונא ס"ל כאביי ורבא היכי מלי לשנויי בתוך זמן דהוי דלא כחד מינייהו וכמו שהגדיל התימא עליהם הרב גד"ת יע"ש בספרו באורך.

ואני הצעיר נלע"ד ליישב דברי התו' בשני אופנים. האופן הא' הוא במה שדקדקו התו' לומר ודחיק לאוקומי וכו' וכונתם רצויה דבשלמא לפי המסקנא שתירצו בשחייב מודה שאינו דחוק אין להביא ראיה זאת מדלא תירצו בתוך הזמן משום דאיכא למידחי כמ"ש בעה"ת דרצי לאוקומי מתני' כחד מינייהו, אכן בש"ד שלא תירצו כן כי אם בב"ח נכרי לא ניחא להו דברי בעה"ת משום דאינהו ס"ל דאי הוה מצי לתרוצי במת תוך זמן טפי עדיף לתרץ כן אפי' דליתי מתני' דלא כרב פפא ורב הונא מלתרוצי האי דוחקא דב"ח גוי, ומדלא תירצו כן משמע דאפי' לפי טעמו של רב הונא במת תוך זמן לא גבי מיתומים קטנים. והאופן הב' הוא עמ"ש הרב חידושי הלכות וז"ל ואע"ג דלית הלכתא כרב פפא מ"מ מלינן למימר דההיא סוגיא סברה כאביי ורבא וכו' דכיון דלא הוזכרה שם זאת הסברה צ"ל למימר דסוגיא סתמא דתלמודא דהתם אזלא דלא כהלכתא עכ"ל. וכונתו מבוארת שנקשה ממ"ש התו' ואין לומר וכו' דהא במסקנא וכו' דמשמע דאי לאו האי דמסקנא הוה מלינן למימר דסברה כרב פפא שהוא דלא כהלכתא א"כ בענין אביי ורבא דליכא הוכחה דס"ל לסוגיא כר"ל לימא דההיא סוגיא ס"ל כאביי ורבא ולכך לא תירצו כן אבל לעולם דלר"ל גבי אפי' מיתומים קטנים ולזה תירץ ואע"ג וכו' יע"ש. וא"כ נמלא דהתו' קשיא להו למימר דסוגיא סתמא דתלמודא אזלא דלא כהלכתא כיון דלא הוזכרה סברה זו שם נסתלקה תמיהת הרב גד"ת מעל דברי התו' כאשר יראה הרואה אכן הקושיא האחרת שהק' הרב גד"ת על מ"ש התו' עוד וכן יש להוכיח מגופיה דמלתא דרב אסי דאמר אא"כ רבית אוכלת בהם ור"י אינו מוסיף כי אם כתובת אשה משום מזוני משמע ב"ח לא משכח בשום ענין דנפרעין וכו' וכתב הרב הנז' וז"ל ולכאורה הם דברים של תימא דהא הנהו גווני דחייב מודה או שמתיה דמסי' דנזקקין לא הזכירם ר' יוחנן אטו מי נימא דס"ל לר"י דאין נזקקין וכו' הא פשיטא דליכא למימר הכי אלא ודאי כונה ר"י היא דאפי' דליכא הוכחה שלא לחוש לצררי אשכחנא דנזקקין וכו' אבל בהנך גווני דליכא חששת צררי לעולם דנזקקין ע"כ. הא ודאי נלע"ד תמיהה רבתי בדברי התו' וצ"ל בדוחק דבשלמא הני תרי דחייב מודה ושמתיה ומית בשמתיה דמוקמינן מתניתא בהכי והיינו לפירש"י ל"ק אמאי לא הזכירו ר"י דהא ממתני' שמעינן ליה אך הא דמת תוך זמן דלא אוקמינא מתני' בהכי אי איתא דנזקקין היה להם להזכירם ומדלא הזכירוהו ש"מ דלא גבי מיתומים קטנים ומ"מ דברי התוס' דאמרי משמע ב"ח לא משכח בשום ענין דנפרעין הם תמוהים ול"ת לע"ד. ועמ"ש להרב גד"ת שהאריך הרבה בסוגיא דערכין ודברי התו' לענין פלפולא ומיראת האריכות פן אהיה למשא ועל פני כל העם אכב'ד כיון דלא נפקא מינה לענין דינא לכן לא הכנסתי עצמי בזה.

והזרנו לענין הדין כיון דבב"ד אין משפט זה גלוי לכל לא מהימן לומר פרעתי ולפי הכלל המסור בידינו דאפושי פלוגתא לא מפשינן נלע"ד דאף הר"מ לא קאמר דצריך שבועה אלא דוקא כשחבירו חי שהוא מכחישו וטוען ברי שפרעו אבל כשבא לגבות מהיורשים דאין מי שיכחישנו

ומשמע דהטור הכי ס"ל מדהביא ס' הרמ"ה באחרונה גם מרן הב"י כתב דהרמב"ן ס"ל כהרמ"ה ונראה ודאי דסברת הרמ"ה היא מוכרעת דהך חזקה עדיפא מחזקה דגו זימניה דהרי אביי ורבא דס"ל דפרע אינש גו זימניה הכא מודו דבחזקת שלא נתן כיון שאין המשפט גלוי. ומעתה קשה על הר"מ ז"ל דכיון דהוא פסק פי"ד מה' מלוה דין א' דהפוגם שטרו או שעד אחד מעיד על שטרו שהוא פרוע וכו' לא יפרע אלא בשבועה ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה ע"כ. וכתב ה"ה דהיינו כר"ל וכמ"ש בגמ' דגבי אפי' מיתמי שלא בשבועה ודעת רבינו דהוא הדין לכל השאר וכ"כ מרן הב"י בסי' ע"ז משם הרמב"ם דאם אמר לו פרעתיך תוך זמני נפרע שלא בשבועה וא"כ. כיון דאפי' בההיא חזקה דקלישא לדעת אביי ורבא פסק דנפרע שלא בשבועה כ"ש בהך חזקה דמודו בה כ"ע ואיך פסק דצריך שבועה. וראיתי להרב לח"מ שהק' להר"מ קושיא זו בהופן אחר דבש"ס משמע דמדמי הך חזקה להההיא דפורע גו זימניה ולזה תירץ דלאו לכולא מלתא מדמינן לה אלא כי היכי דהתם אינו נאמן ה"נ אינו נאמן אבל לעולם דהכא צריך שבועה והתם לא, אכן לפי מה שהוכחנו דהך חזקה עדיפא טפי מההיא חזקה דגו זימניה נפל תירוצו זה של הרב לח"מ דהא לא אפשר לומר דלאו לכולא מלתא מדמיק לה דהרי אדרבא הך חזקה עדיפא וכיון דאשכחן התם דגובה בלא שבועה כ"ש הכא ולא יספיק לנו טעם ה"ה לקושיא זו. וראיתי להרב גד"ת בדף ל"ד ע"ג רגה ליישב ג"כ דעת הר"מ והרחיב עלינו את הקלר ותוכן דבריו הוא דהר"מ ס"ל דהך חזקה דמי יימר לא מהני אלא לומר דאינו בחזקת שנתן ונאמן חבירו בשבועה יע"ש בספרו באורך, ומלבד שהוא פי' דחוק בדברי המשנה דאמרה בהדיא ה"ז בחזקת שלא נתן, ומי הכריחו להר"מ לפרש כן עדין קושיתינו במקומה עומדת דהרי מוכח דהך חזקה עדיפא מחזקה דר"ל ואיך אפשר לפרש פי' זה שכתב הרב גד"ת דלא מהני הך חזקה כולי האי לומר דבחזקת שלא נתן ויגבה בלא שבועה וזהו כל כחו של הרמ"ה ז"ל. וכשאני לעצמי היה נלע"ד לומר דע"כ לא אמר הר"מ דגובה בלא שבועה אלא דוקא במלוה בשטר דאית ליה למלוה תרי חזקי חדא שלא פרעו תוך הזמן והאחרת שטרך בידי מאי בעי' אך במלוה ע"פ דליכא אלא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו לא מהני לגבות בלא שבועה כיון שהלוה טוען ברי שפרעו ואף שבגמר' אמרו דגובה מן היתומים שלא בשבועה היינו דוקא משום שאין אדם מכחישו אבל היכא שהלוה טוען שפרעו צריך לישבע וכ"כ הטור בסי' ע"ח בשם הרא"ש ז"ל וכיוצא בזה כתב הרב ש"ך בסי' ע"ח ליישב דברי הרב המפה דכאן פסק דאין צריך שבועה כלל ולקמן ריש סי' פ"ז פסק כהמחבר דצריך לישבע אחר הפרעון וכתב ודוחק לומר דכאן איירי בשטר דוקא דכיון דמסייע ליה שטרא אין צריך לישבע אפי' אחר הפירעון ועוד דלענין לאחר פירעון ודאי דאין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ ע"כ. ולדעת הר"מ אינו דוחק לומר כן דכיון דעל שטר קא מיירי בהדיא משא"כ דברי מור"ם שהם בסתמא ומשמע אפי' במלוה ע"פ גם הדחיה האחרת לא שייך בדברי הר"מ משום דשבועה זאת היא קודם פירעון ובודאי יש חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ ועד"ז מתישבים ג"כ דברי מור"ם דכאן מיירי לשבועה דקודם פירעון ולהכי פסק דאין צריך לישבע אבל לעולם דלאחר פירעון צריך לישבע כמ"ש בסי' פ"ז ומעתה ל"ק על הר"מ ז"ל דכיון דהכא ליכא שטרא דקא מסייע ליה אלא חזקה דמי יימר לחודא פסק דצריך שבועה דומיא דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דצריך שבועה במלוה ע"פ והא נמי דכותא דאף דעדיפא מההיא מ"מ לא הוי כתרי חזקי דשטר ותוך זמ' אכן מה אעשה כי מדברי מרן הב"י בסי' ע"ח משמע דס"ל לדעת הר"מ דאין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ שהרי הטור כתב דגובה מן היתומים בין בשטר בין מלוה ע"פ וכתב הר"י בן מיגאש דגם מהלוה עצמו נפרע שלא בשבועה וכן כתב הרי"ף וכו' ומשמע דדברי הרי"ף והר"י אבן מיגאש הם אפי' במלוה ע"פ וכתב מרן הב"י ז"ל דדעת הר"מ כרבותיו משמע דס"ל כן אפי' במלוה ע"פ גם הרב ש"ך כתב דקודם פירעון ליכא שום פוסק דס"ל דצריך לישבע והרא"ש לא אמר אלא הסת והיינו לאחר פירעון ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתה ול"ל דהר"מ ס"ל דאיה"נ דלדעת אביי ורבא עדיפא הך חזקה מההיא דתוך זמן משום דאינהו ס"ל דאדם פורע תוך זמן אכן לדידן דקי"ל דס"ל דאין אדם פירע תוך זמן עדיפא הך חזקה מהך דמי יימר, וה"ט משום דהך חזקה היא שוה בכל אדם דאינו פורע תוך הזמן משא"כ הך חזקה דמי יימר אם הוא ת"ח שיודע הדין לא שייך הך חזקה ואם כן אפשר שאף שאינו יודע הדין הוא עצמו שאל לאיזה ת"ח והודיע לו הדין שחייב ליתן ופרע לו ולכן צריך לישבע, משא"כ בחזקה דאין אדם פורע תוך זמן דרלימא טפי שהיא שוה בכל אדם ולא תליא בידיעה כנלע"ד. ומר"ן בספרו הקלר פסק בסי' קנ"ז כדברי הר"מ וכתב הסמ"ע וז"ל הטור כתב על דברי הרמב"ם ז"ל שהרמ"ה חולק וס"ל שנוטל בלא שבועה וכו' ואפשר דכיון שזה בא להוציא מחבירו משום הכי פסק בעל הס"ע כדברי הר"מ עכ"ל. וכתב עליו הרב ש"ך וז"ל לא ידענא מאי קאמר דהא גם באומר פרעתי בא להוציא מחבירו ונוטל בלא שבועה וכו' יע"ש. ובודאי שנראה תמיהה רבתי על הסמ"ע ז"ל. אכן אני הצעיר נלע"ד שאין כונת הסמ"ע ליתן טעם לעיקר הדין של הר"מ כמו שהבין הרב ש"ך דא"כ הול"ל משום הכי פסק הר"מ דצריך שבועה אלא בהסמ"ע הקשה על מרן אמאי פסק כהר"מ דדבריו תמוהים ולא כהרמ"ה דמיסתבר טעמיה ולזה תירץ דכיון שהוא להוציא מחבירו ומצא להרמב"ם ז"ל שהחמיר על התובע לישבע פסק כותיה אף שדבריו תמוהים דבכל ענין דאיכא פלוגתא במוציא מחבירו צריך לפסוק חומרא לתובע וקולא לנתבע ולהכי פסק כהר"מ משא"כ באומר פרעתי אף שבא להוציא ליכא שום פוסק דס"ל דצריך לישבע ונסתלקה תמיהתו מעל הסמ"ע.

איך שיהיה נמלינו למדים מסוגיא הזאת דכל היכא שאין דינו פשוט להיובא לא מלי לומר פרעתי עד שיביא ראיה לדבריו אלא שלדעת הר"מ ומרן צריך חבירו לישבע ולדעת הרמ"ה והרמב"ן אין צריך לישבע ומסוגיא זאת הביא הרב מוהרימ"ט ז"ל חח"מ סי' ל"ז דלא מלי לומר וכו' חייב לי במגו דהחזרתי דכיון שהוא נטל כסבור שעשה כדין אינו עשוי להחזיר אלא עפ"י ב"ד דמחייבו ליה וכו' יע"ש בספרו באורך. ורשום בזכרוני שבספר משאת משה ח"מ סי' ל"א הביא ג"כ משם הרב פני משה שהביא ראיה מסוגיא זו דכל מלתא דלא ברירא חיובא לא מלי לומר פרעתי וגם הוא הסכים כן לענין דינא יע"ש כי כעת אין ספרים אלו מלויים בידי להעתיק לשונם אכן זכורני כי הרב משאת משה הקשה לס' הרבנים הנז' דא"כ בסוגיא דערכין ריש פ' שום היתומים כשהקשו לרב אסי דאמר אין נזקקין לנכסי יתומים אא"כ רבית אוכלת בהם ממתני' דשום היתומים ל' יום והולרכו לאוקומי בב"ח גוי שקיבל לזו ולא קיבל לזו לוקמא בב"ח ישראל ובמילתא דלא ברירא חיובא שאין אדם עשוי ליתן עד שיחיבוהו ב"ד וליכא למיחש לא לפירעון ולא לנררי ולכך נזקקין לנכסי יתומים. ואני הלעיר עמדתי מרעיד דהרי תלונתו זאת אינה על הרבנים הנז' כי הרבנים מתניתא אייתו בידייהו וע"כ לריך למשכוני נפשין ליישב הסוגיות אהדדי ולכן נלע"ד לתרץ

דמשקר וכו' ואם יאמר ע"י פו"פ ומתו וכו' יאמרו לו הרוצה לשקר ירחיק עידיו ותו דמתירא לומר ששלחם שיאמרו הבא ראיה שהביאם אלינו וכו' ואם כה יאמר שבכתבם מסרם יאמרו הבא הכתב הנז' ואם לאו רגלים לדבר ששקרנא וזייפנא את, דדרך הפורע לחבירו ע"י שליח לוקח בידו לראיה או כתב המשלח או לפחות הודאת השליח וכו' יע"ש. גם טעם זה שייך בנ"ד שהרי היה להם לשלוח סך זה ליד הפקידים אשר בקושט' יע"א ככתוב בשטר חובם ואם יאמרו פרענו יאמרו להם הבא ראיה שהגיע לידינו או כת"י שסידרנו לכם שתמסרו ביד פ' או לפחות הודאת השליח שנתתם לו ואם אחת משלש אלה לא יבררו לא מהימנו לומר פרענו דרגלים לדבר ששקר הם טוענים כמ"ש הרב ז"ל וכי היכי דהם עצמם לא מצו למיטען פרעתי כי אם באחת משלש אלה ה"נ היורש דהא כל מה דאבוהון מצי למיטען טענינן ליה ליורש ולא טפי מיניה כידוע ואם כן כיון דבנ"ד אין להם שום ראיה מאלו ל"מ למיטען פרעתי וחייב היורש לשלם מנכסי אביו הפחת שפיחת דיתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו, אכן הרב מרדכי הלוי ז"ל חלק על הרב ז"ל וכתב דכיון דלא ביארו הפוסקים חילוקים אלו משמע דלא פלוג רבנן וכיון דרוב כתבי יד לית להו קלא לא פלוג רבנן בין כתב יד לכתב יד ובכולהו נאמן לומר פרעתי וגם לטעם השני אמר דקשה בעיניו להוציא ממון עפ"י אומדנות אלו וכו' יע"ש. בספרו הנז' סי' ל"ב באורך וא"כ לפי דבריו בנ"ד נמי מצי למימר פרעתי ואנן טענינן ליורש, אכן אני הצעיר נלע"ד להביא ראיה לטעם הב' של הרב מוהרמ"ג ז"ל שיש כח להוציא ממון עפ"י טענה זו דלא שלח חובו ע"י שליח שהרי כתב הרדב"ז בסי' קמ"א תוך התשובה וז"ל הא למדת דלא טענינן ליתמי אלא טענה שיש בה ב' דברים דשכיח ואין הדבר מוכח שהוא שקר וא"כ בנ"ד נמי לא שכיח וכו' ועוד שהדבר מוכיח שהוא שקר שהרי הלך למרחק והפקדון בחנותו וגם לא שלח לו חובו משם וזה מוכיח שהוא שקר ע"כ. גם כתב עוד שם ויש להביא ראיה לדין זה מההיא דמת בגו זימניה דחזקה לא עביד איניש דפרע גו זימניה והשתא אם בשביל חזקה זו מפקינן מיתמי אפי' קטנים כ"ש הכא בנ"ד דאיכא פנקס וקרובים יודעים שזה החוב עדין קיים וראובן הלך למקום אחר ומת שם דחזקה לא שלח לו חובו משם וללררי לא חיישינן שהרי מת במקום שלא היו שם ישראל והרי מת פתאם וכתבו הפוסקים דמת פתאם לא חיישינן ללררי עכ"ל, הרי לך שכתב דכל היכא דהלך למקום אחר חזקה לא שלח חובו ואם יטענו ששלח הוי דבר דמוכח שהוא שקר וזה היה אפי' שמת הוא שם דאפשר למימר ששלח לו חובו משם עפ"י כתבו של יה והניח הכתב בידו לראיה אפ"ה כיון שאין הראיה ביד היתומים חזקה דלא שלח לו חובו וכ"ש היכא שהוא עצמו חי ואין בידו ראיה דפשי' דמוכח שהוא שקר ולא מצי למימר פרעתי כמ"ש מהרמ"ג ואילו היה רואה מוהרמ"א תשובה זו לא הוה קשה בעיניו ומתורתו של מוהרדב"ז מלאנו טעם אחר לנ"ד נמי שהקרובים ובני ביתו ונמצא רוב העיר יודעים שהחוב הזה קיים דפשיטא דלא מצי למיטען פרעתי וה"נ לא טענינן ליורש כמ"ש מוהרדב"ז ז"ל וגם לטעם הראשון רשום בזכרוני שראיתי לאחרון זמנינו כמוהרמ"י נר"ו בספרו הנדפס מחדש הנק' משאת משה חח"מ שהסכים לדברי מוהרמ"ג ז"ל מטעם דאפוסי פלוגתא לא מפשינן הוא כלל מוסכם והרב מוהרמ"א לא מצא שום סתירה לדבריו מדברי הפוסקים לכן נקטינן כדברי מוהרמ"ג ז"ל יע"ש בספרו באורך כי כעת אינו מצוי בעיר הזאת וא"כ זכינו לדין דלא מצי למימר פרעתי בנ"ד מטעם מוהרמ"ג ז"ל.

ועוד נ"ל טעם אחר לנ"ד שלא לפסוק כמוהרמ"א משום דהוא עצמו סייס וכל זה לענין דינא קאמינא אבל לנ"ד לא מלאני לבי לפוטרו וכו' יע"ש. והטעם ודאי משום זכותא דהקדש נתיירא לעשות מעשה להפסיד ההקדש וכיון שהפוטר עצמו לא מלאו לבו לעשות מעשה להפסיד ההקדש איך אנו נלמד מדבריו לעשות מעשה להפסיד ההקדש מה שלא מלאו לבו הוא עצמו לעשות וכ"ש שמוהרדב"ז מסייע למוהרמ"ג בטעם השני ומוהרמ"י מסייע למוהרמ"ג בטעם הא' דפשיטא ודאי דיכולים אנו לעשות מעשה להוציא ממון עפ"י ז"ל וכ"ש דאיכא טעם הג' דבני ביתו יודעים שהחוב הוא קיים דאז אפי' מוהרמ"א עצמו יודה דלא טענינן להו ליתמי שקר מפורסם כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' והביאה הרדב"ז בתשו' הנז"ל.

ועוד נלע"ד דבנ"ד אפי' מוהרמ"א יודה דלא מצי היורש לומר פרעך אבא והוא ממ"ש הרדב"ז ז"ל בסי' ל' והזכירו הרב המאסף בלי חולק וז"ל אבל נ"ל דבנ"ד אפי' שלא מסר בפני עדים הוי שטר גמור דטעמא דכ"י לא הוי כשטר משום דמצי למיטען פרעתי ואנן טענינן ליתמי מה דהוה מצי אבוהון למיטען וקי"ל דלא טענינן להו אלא מילתא דשכיח ושכא פירעון לא שכיח חדא וכו' ותו דבשלמא חוב מבורר עביד איניש דפרע אבל חוב שלא נתברר לא שכיח דפרע ולא טענינן ליורש ע"כ וא"כ דון מינה לנ"ד דאין חובם מבורר עד שיגבו מהיחידים ואפשר שלא יפחות מסך פ' גרושי' ולא יהיו חייבים כלום לא שכיח דפרע קודם שיגבו מיחידים ויתברר חובו וא"כ כיון שבנ"ד לא גבו מהיחידים לא שכיח דפרע ולא טענינן ליורש אלא מידי דשכיח כמ"ש הרדב"ז ז"ל ובהא כ"ע מודו דחייב היורש לפרוע כל שנתקיים כתב ידו של אביו בב"ד ולא מצי למיפטר נפשיה בטענת פרעתי כיון דאין החוב מבורר עד היום שיגבו מהיחידים והם לא גבו.

ועוד נלע"ד כי בנ"ד שאין משפט זה גלוי לכל שיתחייב בדבר הדומה לאסמכתא בלי שום קנין לא מהימן לומר פרעתי עד שיביא ראיה שנתן. ומצא המינא לה ממ"ש בש"ס פ' השותפין דף ה' במשנה כותל חצר שנפל מחייבין אותו לבנותו עד ארבע אמות בחזקת שנתן עד שיביא ראיה שלא נתן מד' אמות ולמעלה אין מחייבין אותו סמך לו כותל אחר אעפ"י וכו' מגלגלין עליו את הכל בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ע"כ. ואמרו בש"ס אמר ר"ל הקובע זמן לחבירו ואמר לו פרעתיך תוך זמני אינו נאמן וכו' אביי ורבא דאמרי תרוייהו עביד איניש דפרע גו זימניה וכו' והקשו לאביי ורבא ת"ש בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה וכו' ה"ד אילימא דא"ל פרעתיך בזמני אמאי לא אלא לאו דא"ל פרעתיך תוך זמני אלמא לא עביד איניש דפרע גו זימניה, שאני הכא דאמר מי יימר דמיחייבו לי רבנן ע"כ. ופירשב"ם הילכך אפי' אמר פרעתיך בזמני לא מהימן ע"כ ובמשנה פי' ג"כ וז"ל בחזקת שלא נתן אם בא הראשון ותבעו לדין וכו' וזה אומר נתתי חלקי אינו נאמן אלא בעדים שאין משפט זה גלוי לכל ועד שיחייבהו ב"ד אינו עשוי ליתן ע"כ. והנה הרמב"ם ז"ל פ"ג מה' שכנים דין ב פסק וז"ל אחד מן השותפים וכו' אינו נאמן אלא חבירו נשבע בנקיטת חפץ שלא נתן לו ונוטל ממנו כדין כל הנשבעין ונוטלין עד שיביא ראיה זה שנתן לו ע"כ ושבועה זו לא ידענו מהיכן יצא לו וה"ה כתב וז"ל הוא כדין הנשבעין ונוטלין ואפי' במלוה בשטר אי אמר ליה אישתבע לי דלא פרעתיך משתבע ליה ע"כ. ובודאי שכונתו רלויה דמלוה בשטר עדיפא מהך חזקה וכיון דהתם אי אמר ליה אישתבע לי צריך לישבע. הכא דקלישא טפי אף דלא אמר ליה צריך לישבע אכן הטור ז"ל בסי' קנ"ז כתב בשם הרמ"א שנוטל בלא שבועה דטפי הוי בחזקת שלא נתן מקובע זמן לחבירו וא"ל פרעתיך בזמני דקי"ל דשקיל בלא שבועה ע"כ.

משמע

קלא ולא מלי למימר פרעתי והוא לפי הטעמים שכתב בעה"ת בשער י"ג ח"א משם הראב"ד דה"ט דנאמן לומר פרעתי בכתב יד מפני שאין לו קול כמו שיש למלוה בשטר ועדים לא זכר אותה בעת הפרעון לפיכך אינו יכול לומר לו שטרך בידי מאי בעי אי נמי שטר שיש עליו עדים יש להקפיד עליו שמא יתקיים בחותמיו ויוציאנו לאחר זמן ולעולם אם היה פרוע לא היה מניחו אצלו אבל כתב ידו סבור שאינו יכול לקיימו אלא מפיו לפיכך אינו מקפיד לחזרתו ולזה הטעם אם הוחזק כתב ידו בב"ד אינו יכול לטעון ולומר פרעתי וגם לטעם הא' היה ראוי לומר כן שהרי כיון שהוחזק בב"ד יש לו קול ולא היה ראוי לשכוח אותו ע"כ. ומה שהקשה הרב גד"ת ז"ל בטעמים אלו יע"ש בס' הנז' להרב הנז' שישבם על נכון. אכן הרב בעה"ת סיים וז"ל ויש תימא איך קא מקשי עליה אי משום קלא כיון שהוחזק וכו' אית ליה קלא שזה אינו כדאמרינן העורר על השדה וכו' ואמרינן עלה ל"ש אלא עד אבל דיין לא איבד את זכותו וכו' דתני ר' חייא אין העדים חותמין על השטר אם לא קראוהו והדיינים חותמים אעפ"י שלא קראוהו וכו' וכיון דבלא קריאה חותמין מי יוציא הקול ממ"ש בו הילכך איתיה לטעמא דהרי"ף וכותיה מסתברא עכ"ל. והנה הרב גד"ת כתב וז"ל ויש לי תימא על תמיהה זו דאי משום וכו' ליכא קלא מאי קא מיבעיא ליה לרבא בר נתן בהוחזק בב"ד אי גבי ממשעבדי פשיטא דלא גבי וכו' ומאי קא מיתיב רמי בר חמא מההיא דשלש גיטין וכו' ולמה הוצרך לשינויא דבשעת כתובה שעבד נפשיה ותו וכו' יע"ש בספרו באורך. והרב מוהר"ס גאלאנטי ז"ל תמה על תמיהה זו של הרב גד"ת שהרי דברי בעה"ת הם סוגיא מבוארת בכתובות דאין הדיינים קוראין השטר וא"כ מה קול יוציאו וקושיות אלו שהקשה הרב ז"ל הם שייכות בפשטא דשמעתא עם ההיא דכתובות ועלינו חובה לתרץ הסוגיות ומחמת זה דרך לו דרך אחרת בכונת הש"ס דהאי הוחזק בב"ד מיירי שידעו הדיינים הענין שהודיע להם הלוה וכו' והביא ראיה לדבריו מדברי בעה"ת בשער זה ח"ג ועפ"י ישב הסוגיות וישב ג"כ דברי כת המתמיהין דאינהו לא יאמרי דבדהוחזק בב"ד לא מהימן לומר פרעתי אלא בכה"ג דידעו הב"ד הענין דאיכא קלא וכו' אכן הרב בעה"ת הבין בדבריהם דהיינו אפי' לא ידעו הב"ד מהות הענין ולכך הוקשה לו דאיך יוציאו הקול וכו' יע"ש בספרו באורך הרחבת הענין במתק לשונו ז"ל וספרו מצוי ביד כל אין צורך להעתיק לשונו. אכן אני הצעיר אחרי המחילה רבה מכ"ת לא נהירא לי פי' זה דכיון דסתם הוחזק בב"ד היינו בלא ידיעת הענין היכי קאמר רבא בר נתן סתמא הוחזק כת"י בב"ד מאי הו"ל לפרש דבריו ולומר וידעי ב"ד הענין כיון דאין זה במשמע הוחזק והראיה שהביא מדברי הרב בעה"ת לא מכרעא דס"ל פי' זה דידעו ב"ד הענין דהרי כל מה שהוסיף הרב הוא כיון דחזק כתב ידו בב"ד ושהוא מסרו ופי' הרב ז"ל דכונת שהוא מסרו היינו שהודיע לב"ד שהוא מסרו ועל זה בנה יסודו אכן לענ"ד דאין פי' שהוא מסרו שהודיע לב"ד אלא הכונה היא דהוחזק כתב ידו בב"ד והוא מסרו בפני ב"ד ליד ב"ח אבל לעולם דלא הודיע לב"ד מהות הענין כשאר קיום ב"ד וכל כי האי מלתא הו"ל לבעה"ת לפרושי יותר בביאור ולא בלשון זה דאיכא למימר כדפרישנא ולפי פירושי זה לא קשיא אמאי לא ביאר רבא בר נתן ג"כ זה שמסרו דהא כיון דהבעיא היא בהוחזק עפ"י עצמו מסתמא ודאי בא המלוה עמו ומסרו לפנינו ולא צריכא למימר ומדברי רשב"ס פשיטא דאין שום ראיה לפי' זה של הרב והוא עצמו לא כתב אלא ורמז מזה יש ברשב"ס וכו' יע"ש. גם מה שיישב בזה כת המתמיהין דאינהו מיירי בכה"ג לא נהירא לע"ד דהרי דברי הראב"ד ז"ל שהביא בעה"ת שהוא מן המתמיהין מוכח דאף בהוחזק בב"ד בלי ידיעת הב"ד אית ליה הכי דהרי כי היכי דלטעם הב' בהוחזק בב"ד בלי שום ידיעה לא מלי למיטען פרעתי משום דליכא טעמא דסבור הייתי ה"נ לטעם הא' דהרי בחדא מחתא מחתינהו הראב"ד ז"ל וגם לטעם הראשון היה ראוי לומר כן דמשמע דבזה הענין שאמר לטעם ב' היה ראוי לטעם ראשון ולטעם הב' כיון דהוחזק בב"ד סגי אף שלא ידעו הב"ד מהות הענין וא"כ קשיא להו קושית בעה"ת דמהיכן יוציאו הקול. אכן אני הצעיר נלע"ד ליישב הכל באופן אחר והוא דהן אמת דהדיינים אינם צריכים לקרות השטר ואינם יודעים מהות הענין אכן כיון שהוא כתב יד ובא הוא עם המלוה ומסרו בפנינו ממילא ידעי ב"ד שהוא חוב שנתחייב לזה דהא אינו עדות אלא שאינם יודעים הסך ומין החוב מאיזה ענין הוא וכיון שכן ב"ד מפקי קלא שפ' מסר כתב יד לפ' ולהכי איבעיא להו כדכתיבנא אכן הרב בעה"ת ס"ל דכיון שאינם יודעים מה שכתוב בו ואפשר שהוא כתב יד שובר על איזה שטר שהיה לו על האחר לא מפקו קלא כלל שמסר כ"י וליישב הסוגיות לדעתו צ"ל כמ"ש הרב מוהר"ס גאלאנטי ז"ל והוא דוחק כדכתיבנא ולכן הרב גד"ת תמה על תמיהת בעה"ת כנ"ל .

איך שיהיה סיים הרב הנז' וז"ל הנך רואה כי נתבאר דפליגי רבוותא בכ"י די"א דאינו נאמן לומר פרעתי וכו' והם הרז"ה והרשב"א ז"ל וכמה אלופים לראשי וי"א דנאמן לומר פרעתי והם הרי"ף והר"מ והרא"ש וסיעתם קדישא ונתבאר כמה מיני טעמים שונים בסברא זו וכו' יע"ש. ולפי הנך טעמי יש לדון בנ"ד דבכ"י זה אינו נאמן לומר פרעתי לכ"ע דע"כ לא נחלקו הני רבוותא אלא בכ"י שנעשה בין המלוה ללוה אמנם כ"י זה אם יוכלו לברר דבריהם רבני לפת תיב"ב שנעשה בפומבי ע"י ב"ד הלדק וכו' וכן נעשה ונתפרסם הדבר בכל עיר לפת תוב"ב ויחידי סגולתא קרוב אני לומר דאפוסי פלוגתא לא מפסיק וכ"ע יודו דלא מהימן לומר פרעתי דלא גרע משטר בלא עדים שנמסר בפני עדים שכתבנו לעיל דלא מהימן לומר פרעתי וכו' ולא גרע מהני שטרי דכתיבנא לעיל שטרי מוקדמים ובלא אחריות ושטרות העולים בעש"ג שאעפ"י שאינו גובה ממשעבדי כ"ע לאו דינא גמירי ולענין פרעתי לא מהימן וכו' כ"ש בנ"ד דהויא ליה להאי כתב יד קלא דלא פסיק ומפרסם טובה ויודע שיוכלו לקיימו דבשלמא בדיינים קאמר הרב בעה"ת דלא קראי הכתב יד מאין יוציאו הקול אבל בנ"ד לאו ב"ד לחודייהו אלא ערי ושכבי כל העם מקלה ידעו בזה למזהר זהיר עכ"ל, והן אמת כי מ"ש דלא גרע משטר בלא עדים וכו' הוא תמוה לענ"ד דהרי חזינן דגרע דהתם גבי ממשעבדי כיון שמסרו בפ"ע ועדי מסירה כרתי כמ"ש לעיל משא"כ הכא דאף דמיפרסם טובא לא גבי ממשעבדי וצ"ל דכונת הרב ז"ל היא לענין הקול דוקא דלא גרע קול זה מקול דהתם אבל לעולם דלענין משעבדי גרע והוא דוחק דהא טעמא דמשעבדי נמי הוא משום קלא ונמלא דעדיף קול דעדים מהך קול דהכא וה"ה לענין פרעתי אכן מ"ש מההיא דמוקדמים וכו' הדין עמו נמלא לדעת הרב ז"ל דכל היכא שנעשה בפרסום לא מלי למיטען פרעתי וה"ה בנ"ד אם יוכלו לברר שנעשה בפירסום וכל יחידי נא אמון ידעו זה לא מלי למימר פרעתי. גם הטעם האחר שכתב הרב ז"ל וז"ל וכר מן דין דבנ"ד לא מלי למימר פרעתי לפי שכשנעשה כתב יד זה תכף הלך לו אל ארצו ושוב לא שב ללפת תוב"ב א"כ אם יאמר פרעתי יאמרו עצ"י מי שלחת המעות ואם אינו מברר, ידים מוכיחות

דמשקר

ומשעבדי נפשיהו בלא קנין דומיא דערב בשעת מתן מעות דמשתעבד בלא קנין ואין אנו צריכין לעיולי נפשין לטעם אחר דאיכא בנ"ד שהוא ענין הצדקה ופסק מרן הב"י בי"ד סי' רנ"ח דהנודר לצדקה באסמכתא חייב שאין בנדר דין אסמכתא והוא מתשובת הרי"ף ומהר"ם והביאו המרדכי פ' שור שנגח ולא נמצא חולק ע"ז וא"כ כ"ש בנ"ד דלאו אסמכתא ממש היא אלא דומיא לאסמכתא כמו הערב דפשיטא דחייבים לשלם בלא שום קנין אך כבר ידוע המחלוקת שיש בין האחרונים ז"ל בזה אם מה שחייב להשלים הוא מטעם הנדר, או הנדר עושה קנין מצד הדין כמו הק"ס, וכ"מ לענין לישאל על נדרו ושאין היורשים חייבים לשלם נדר מוריסם. ועיין לכנה"ג ח"מ סי' ר"ז בהגהת הב"י אות ר"ו שהביא זאת המחלוקת בנדר ושבועה באסמכתא ומשם בארה ולכן לא הכנסתי עצמי במבוכה הזאת מאחר כי בנ"ד לכ"ע חייבים מצד הדין מהטעמים הראשונים .

ומעתה נפל הספק שנסתפק השואל לגבי היורש ואנכי הרואה כי ספק זה מסתעף לשני סעיפים והסעיף הראשון הוא אם חייב לפרוע חלקו וחלק חבירו וזה הספק הוא אפי' שהיה חי המתחייב עצמו והסעיף השני הוא לגבי היורש . ונבאר בתחלה את הסעיף הראשון ואחר כך נבוא לבאר הסעיף השני וזה החילי בס"ד: לכאורה היה נראה שדין זה דומה למ"ש מרן הב"י בספרו הקצר סי' ע"ז ס"א שנים שלוו כאחד או שלקחו מקח אחד שניהם ערבים זה לזה אעפ"י שלא פירשו ואם אין נכסים לאחד מהם גובה מחבירו הכל, אבל אם יש לו נכסים לא יתבע הערב תחילה וגובה מכל אחד החלי המוטל עליו ע"כ. ואף שהטור ז"ל כתב בשם הרמב"ם והרא"ש דיפרע מאיזה מהם שירצה מ"מ הרי כתב מוהרי"ק בתשו' והביאו הב"י דבדק כל ספרי הר"מ שלפנינו ולא מצא גירסא זו של הטור בהר"מ ונתן טעם לחלק בין שנים שלוו לשנים שנעשו ערבים גם ה"ה ז"ל חילק כן יע"ש. וא"כ נמצא אתה למד לנ"ד דשניהם נתחייבו בשטר אחד דהרי הם ערבים זה לזה ואם אין נכסים לאחד מהם גובה מחבירו הכל ואל תשיבני ממ"ש ה' המאסף בסי' ע"ז דמתשו' הרשב"א מוכח דדין זה אינו אלא במלוה בשטר ולא במלוה ע"פ גם הרא"ש ס"ל כן גם הרב גד"ת דף ר"א העלה כן גם הרב ש"ך העלה כן ודחו ראיות מרן הב"י, וא"כ יאמר האומר דבנ"ד שהוא כתב יד ויש לו דין מלוה ע"פ לא נאמר דין זה לסברת הני רבוואתא ויוכל המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא דס"ל דלא נאמר דין זה במלוה ע"פ ואיני חייב לשלם כי אם חלקי ולא חלק חבירי כי אני לא נעשיתי ערב בשבילו דהא ודאי בורכא היא מתרי טעמי, חדא דאתרא דנוא אמון אתרא דמרן היא כידוע ולדעת מרן אין חילוק בין מלוה בשטר למלוה על פה וכל שהיא ההלואה כאחד נעשו ערבים זה לזה אעפ"י שלא פי' וה"ה בחיוב דהוו כהלואה ולא מצו למימר קים לי נגד מרן ז"ל שקבלו הוראותיו . ועוד כי לע"ד יראה דבנ"ד אף הרשב"א יודה דנעשו ערבים זה לזה אעפ"י שלא פי' כדין מלוה בשטר ואע"ג דלשאר מילי אית ליה לכתב יד דין מלוה ע"פ להאי מלתא יש לו דין מלוה בשטר דהרי כל הטעם שכתב הרשב"א במלוה בשטר דהרי הם ערבים זה לזה הוא משום דאל"ה למה לוו בשטר אחד ולא כתבו כל אחד שטר בפ"ע כמבואר בדברי הרשב"א סי' אלף פ"ב וא"כ טעם זה שייך נמי בכתב יד דאי לא תימא שנעשו ערבים זה לזה למה לא כתבו כל אחד שטר ב' : דבשלמא כשהוא ע"פ בלא כ"י ליכא טעמא לחייבם אבן היכא שכבר כתבו איכא טעמא לחייבם אף שהוא כתב יד ואין לחלק בזה בין בשטר גמור לכ"י וזה פשוט לע"ד עד שלא ניתן ליכתב וכל זה הוא לכאורה דמדמינן לה לשנים שלוו כאחד .

אבן לפי האמת כ"ד דמי לדין שפסק הר"מ פכ"ו מה' מלוה וז"ל שנים שערבו לאחד כשיבא המלוה ליפרע מן הערב יפרע מאיזה מהן שירצה ואם לא היה לאחד כדי החוב חוזר ותובע השני בשאר החוב ע"כ ופסקו מרן בספרו הקצר סי' ע"ז והרב המגיד כתב בשם הרמב"ן דגובה מזה מחצה ומזה מחצה כדין שנים שלוו אבל הרשב"א הסכים לדברי רבינו וחלק בין שני ערבים לשנים שלוו לפי שכיון שהמלוה אחר הערבות אינו חלה לחצאין או יתחייב כל אחד בכל או לא יתחייב כלל שהרי הם לא נתחייבו מחמת שום דבר שלקחו ממנו שנאמר לכל אחד נתן חציו או הפקיד חציו אלא ללוה הלוה הכל והערבות לבטחון כענין משכון ואין השיעבוד חל לחצאין עכ"ל וחילוק זה כתבו מרן הב"י בשם מוהרי"ק במלות שומות גם הרב הנמק"י כתב כן בשם הרשב"א. נמצא אתה למד לפי זה החילוק דדוקא במלוה ופקדון דאיכא למימר דלכל אחד נתן חציו או אינו יכול לגבות מאחד חלקו וחלק חבירו אבל בערבות שהוא חיוב שמתחייב אין שיעבוד חל לחצאין. א"כ יצא הדין לנ"ד שאינו לא הלואה ולא פקדון אלא חיוב שנתחייבו ושעבדו עצמן לשלם הסך זה בכל שנה דאין שיעבוד לחצאין ויכול לגבות מאיזה מהן שירצה אפי' יש נכסים לאחר דומיא דשני ערבים ואף מי שירצה לחלוק על זה ולומר דכך הוא החיוב כמו הלואה מה שאין הדעת נוטה כן לפי חילוק הרשב"א ומוהרי"ק מ"מ בנ"ד יענה אמן בעל כרחו דדמי לשני ערבים שהרי חיובם זה לא היה אלא לבטחון בעלמא שאם לא ימלאו לגבות מהיחידים שימותו או שירדו מנכסיהם כמו שהיה שחייבים הם להשלים מכיסם וא"כ נמצא דאינו אלא שיעבוד בעלמא ואין שיעבוד חל לחצאין ויכולים לגבות מאיזה מהם שירצה אפי' אם יש נכסים לאחר כמ"ש הרשב"א והר"מ ומרן הב"י ז"ל.

ועוד זאת יתירה כי בנ"ד אפי' תימא דלא דמי לשני ערבים מ"מ ראובן חייב לשלם חלק שמעון כיון שכבר נודע לכל באי שער עירו דגברא אלימא הוא דלא ציית לדינא ופסק מרן בספרו הקצר דאם הלוה גברא אלימא דלא ציית דינא אז יתבע את הערב ויגבה ממנו ואח"כ יחזור הערב על הלוה ויוציא ואף שיש חולקים בדבר כמו שהזכיר בעל המפה מ"מ במקום זה אין לנו אלא דברי מרן ז"ל .

ועוד שהרי כתב הכנה"ג בסי' ע"ז בהגהת ב"י אות י"ב בשם מוהר"ש ן' וילסיד ז"ל דאפי' שבדין ערב הוא מחלוקת בין הפוסקים בדין שנים שלוו כ"ע מודו דאם האחד אלם דיפרע מן השני הכל יע"ש. וא"כ נראה דבנ"ד אפי' את"ל דדמי לשנים שלוו כ"ע מודו דחייב ראובן לפרוע הכל כיון דשמעון אלם. ועוד שהרי כתב הב"ח והביאו הרב המאסף בסי' קכ"ט והרב ש"ך בסי' הנז' דאם קרוב לשררה ויש לחוש לחורבה כ"ע מודו דנפרעים מן הערב ובנ"ד לפי מ"ש בני עירו איכא למיחש לחורבה וכ"ע מודו דחייב ראובן לפרוע הכל וזה הוא אפי' יש לו נכסים לפרוע וכ"ש בנ"ד כי מטה ידו של שמעון ואין לו לפרוע דפשיטא דחייב ראובן לפרוע הכל והכל תלוי לטעם זה בראות ב"ד לדעת אם הוא כשר או אלם עני או עשיר כמ"ש הרב כנה"ג בסי' ע"ז באות הנז' אכן לפי הטעמים הראשונים אפי' שמעון הוא כשר ועשיר יכולים ליפרע מראובן הכל כדין שני מרבים וזה יספיק א' .

ומעתה חל עלינו חובת ביאור הסעיף הב' לגבי היורש וזה החלי בס"ד כי לכאורה היה נראה כי האי מלתא תליא בפלוגתא בין הרב מוהר"ם גלאנטי ובין הרב מרדכי לוי ז"ל בס' דרכי נועם ח"מ סי' א' דלדעת הרמ"ג ז"ל אם יוכלו לברר שנעשה כתב ליד זה בפרסום וידעו אותו יחידי העיר אית ליה

קלא

צריך קנין ביולא לאחר חיתום שטרות וכונת הר"מ במ"ש ואעפ"י שקנו מידו אינה לענין החיוב אלא לענין הטריפה וכו' יע"ש בספרו באורך. וכתב שזה ס"ל להטור בדעת הר"מ מדלא הזכיר דהר"מ כהרמ"ה ס"ל גם הראב"ד ז"ל מדלא השיגו משמע דס"ל כן לדעת הר"מ וכו' יע"ש וזה ס"ל להר"ן ז"ל ולכך לא הקשה כלום בחלוקת לאחר חיתום שטרות כי אם דוקא באתם עידי דבהא כתב הר"מ בהדיא דכל שהוא לאחר מתן מעות לא משתעבדי כי אם בקנין ותירץ משום דדמי לאסמכתא, וראיתי להכנה"ג בסי' קכ"ט שהק' לדברי הגד"ת דאכתי תיקשי על הטור דהי"ל להזכיר דהר"מ כהראב"ד ס"ל וכו' יע"ש בספרו ולעד"ן לתרץ דהא ל"ק דכיון דהטור לא ס"ל לענין הלכה כותייהו לא חש להזכיר כל הסוברים כן ובתרי מינייהו סגי אכן אם איתא דס"ל להטור בדעת הר"מ דס"ל כהרמ"ה דפסיק כוותיה הו"ל להזכיר להר"מ להחזיק דינו דלא הוי סברה יחידאה ולכאורה היה נראה דטפי עדיף לפרש כן בדברי הר"מ כי היכי דלא תיקשי ליה סוגיא דפ' הנושא מלפרושי כדברי ה"ה דקשה סוגיא זו ולריכין אנו לדחוקי נפשין כמ"ש הרב ש"ך ז"ל אכן אחר ההשקפה יראה דפי' דברי ה"ה מוכרח בדברי הר"מ בדוקא ולא כפי' הרב גד"ת משום דאם איתא לפי' הרב גד"ת דלא קאי הרב לענין חיובא אלא לענין טירפא וכונתו היא לא מיבעיא היכא דלא קנו דלא טריף אלא אפי' קנו לא טריף וכו', מהו זה דקאמר הר"מ אעפ"י שקנו מידו ונשתעבד לשלם כמו שביארנו כשיבא המלוה וכו' אינו טורף הלא לא הי"ל אלא אעפ"י שקנו מידו כשיבא המלוה וכו' אינו טורף והוה משמע כדברי הרב גד"ת ומדהוסיף הר"מ לומר ונשתעבד לשלם כמו שביארנו משמע דליכא שיעבוד לשלם כי אם דוקא בקנו כמ"ש לעיל בדין מלוה ע"פ והר"מ בדין חיובא דלשלם קאי נמי וזהו הכרחו של ה"ה ז"ל שכתב מתוך לשון זה נראה דס"ל דערב היולא לאחר חיתום שטרות בעי קנין ודברי ה"ה הביאם מרן הב"י בסי' קע"ט והיה נראה לכאורה מלשון ה"ה ומר"ן הכי דדוקא דלאחר חיתום שטרות לריך קנין לגבות מב"ח אבל קודם חיתום שטרות גבי מב"ח אפי' בלא קנין ומ"ש הר"מ אבל אם כתוב בשטר וכו' וקנו מידו של ערב וכו' ה"ז נפרע מנכסי ערב המשועבדים דמשמע דלריך קנין אפי' קודם חיתום היינו דוקא למה שסיים ה"ז נפרע ממשעבדי אבל לעולם דלגבות מב"ח גבי אף בלא קנין כיון שהוא קודם חיתום שטרות, אכן ראיתי למרן ז"ל בספרו הקלר ח"מ סי' קכ"ט ס"ד כתב ערב היולא לאחר חיתום שטרות וכו' יש אומרים משתעבד בלא קנין וכו' וי"א שאין משתעבד אלא בקנין ולהר"מ אפי' ערב היולא קודם חיתום שטרות לריך קנין וכו' יע"ש. ולריך להבין מהיכן למד זה מדברי הר"מ דאפי' קודם חיתום לריך קנין אפי' לגבות מב"ח דדברי הר"מ אינם אלא למשעבדי ודברי הר"מ ה"ה הם לאחר חיתום, אכן כמעט קט מהעיון יפה כיון מרן ז"ל לדעת הר"מ משום דכיון דאשכחן להר"מ דהלריך קנין לקודם חיתום שטרות לגבות ממשעבדי ע"כ נ"ל דאף לב"ח לריך קנין דאם איתא דלב"ח לא לריך קנין והו"ל כשעת מתן מעות דמשתעבד ה"ה נמי דגבי ממשעבדי בלא קנין דהא לענין משעבדי הקנין אינו מעלה ומוריד דהרי לאחר חיתום אף דקנו לא גבי ממשעבדי וא"כ נמלא דהיותו קודם חיתום מהני למשעבדי נמי וקנין זה למה, אלא ודאי דס"ל להר"מ דאפי' קודם חיתום לא משתעבד בלא קנין אפילו לב"ח כיון דהוי לאחר מתן מעות ולכן הלריך קנין ומ"ש ה"ז נפרע מנכסים משועבדים לאו למידק מינה דלב"ח גבי אפי' בלא קנין אלא קוטא דמילתא קאמר דכיון דקנו מיניה גבי ממשועבדי בקודם חיתום שטרות אבל לעולם דבלא קנין לא גבי אפי' מבני חרי וממקומו הוא מוכרע כדכתיבנא. איך

שיהיה נמלינו למדים דלדעת הרמב"ם והרמ"ה והטור ומרן בספרו הקלר שהביא זאת הסברה באחרונה כולהו ס"ל דבערב לאחר חיתום שטרות בעי קנין אפי' לגבות מב"ח וה"ט משום דדמי לאסמכתא דאין חיובו אלא אם לא יפרע הלוה והיינו אפי' איכא עדים כ"ש בנ"ד דליכא עדים וגם ליכא שעבודא דאוריתא כמו בערב דפשיטא דבעי קנין כיון דדמי לאסמכתא דאין חיובן של אלו אלא אם יפחתו מסך זה מה שיגבו מהיחידים והם סמכו דעתיהו דלא יפחות וכיון דבנ"ד ליכא קנין אלא לשון חיוב לבד אינם חייבים כיון דדמי לאסמכתא.

אבן אחר העיון יראה דיפה כיון השואל דהם עלמם חייבים לשלם אף דלא היה קנין מתרי טעמי תרילי יזדא דהרי פסק הר"מ פכ"ה מה' מלוה דאם ב"ד עשו אותו ערב נשתעבד אעפ"י שלא קנו מידו כגון שהיו ב"ד רולים לגבות מהלוה ואמר להם הניחוהו ואני ערב לכם הואיל ויש לו הנאה שהימנוהו ב"ד בההיא הנאה שעבד עלמו ע"כ. וכן פסק מרן בספרו הקלר סי' קכ"ט ונראה ודאי דהאי ואמר להם לאו דוקא דה"ה אם אמר לשני עדים שהוא ערב והניחוהו בית דין להלוה או שכתב להם בכתב ידו שהוא ערב ושלח להם לב"ד כל שבית דין פטרוהו מחמת ערבותו איכא הנאה דהרי הימנוהו ב"ד ומה לי אם אמרו בפניהם או לא וזה מלתא דמסתברא. וכדי להוליא מלב מי שירלה לחלוק על זה אביא ראיה לדברי ממ"ש מוהרימ"ט ח"מ סי' פ"א עמ"ש לאביו שכל חוב או חובות שיתחייב אביו שיטול סחורות וכו' שיהיה ערב בעדו עד ל' אלף לבנים דוקא וכתב הרב ז"ל באמלע התשובה וז"ל ויש מחבירינו שדקדק לומר דכל כה"ג בעי קנין וכו' אבל נ"ל שזה החיוב שנתחייב הבן לא לאביו נתחייב אלא למי שילוהו שאם החיוב היה לאביו לא היה כותב לשון ערבות וכו' אלא ממ"ש לשון ערבות מעתה מתחייב למלוה ולכך כותב לו בשטר כדי להראותו בשוק שילווהו על אמונת בנו ובההיא הנאה שיודע שעל אמונתו ילוו לאביו גמר ומשתעבד בקנין עכ"ל, ובודאי שמלת בקנין דקאמר אין הכונה לומר בק"ס דהרי כל מה שחלה הרב ז"ל על חבירו הוא דחבירו ר"ל דלריך קנין והוא כתב דלא לריך אלא הכונה לומר כי קנין דהנאה חשיב במקום קנין וזה פשוט, הרי לך דאף שהוא לא ראה למלוה ולא אמר לו שום דבר כתב הרב דמתחייב בההיא הנאה שילווהו על אמונתו שראו כתב ידו שהוא ערב. א"כ דון מינה להנאה דב"ד דכל שב"ד הניחוהו ללוה עפ"י כתב ידו גמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה דהימנוהו עפ"י כתב ידו והניחוהו ללוה וא"כ ילא הדין לנ"ד שחכמי ירושלם וגבירי קושטא האמינו לאלו המתחייבים והניחו מלגבות מהיחידים דפשיטא דבההיא הנאה שהחזיקום ב"ד י"ן שבירושלם וגבירי קושטא לנאמנים והניחו מלגבות מהיחידים עלמס גמירי ומשעבדי נפשיהו בלא קנין אף שדומה לאסמכתא דומיא דערב דב"ד דגמרי ומשעבד. ועוד כי בנ"ד כיון שהאמינם השליח והם נתחייבו לפניו הו"ל כאילו נתחייבו בפני חכמי ירושלם עלמס והגבירים דהרי יש לו הרשאה מהם וכחו ככחם והו"ל כאילו הימנוהו החכמים עלמס ואיכא הנאה כדכתיבנא וחייבים בלא קנין כיון דהאמינם השליח דהוי כב"ד. ועוד שהרי כתבו הרשב"א והמרדכי ז"ל ופסקו מרן הב"י ז"ל בספרו הקלר סי' קכ"ט שאם החזיר המלוה שטרו או משכונו עפ"י ערבותו הו"ל כשעת מתן מעות ומשתעבד בלא קנין. וה"ט ודאי דכיון דהוליא השטר או המשכון מידו על פיו איכא הוראה דמחזיק ליה לנאמן ובההיא הנאה משתעבד דומיא דשעת מתן מעות דבההיא הנאה דהלוה לו על אמונתו גמר ומשעבד וא"כ מינה נלמוד לנ"ד נמי דהחזיר שטר היחידים שנתחייבו ליתן המעה ליד אלו המתחייבים בכתב ידם זה דאיכא הוראה דהאמינם דפשיטא דבההיא הנאה גמרי

ומשעבדי

אלה יהיו עולות מול כסא תורתו כיקודה ועוד כי ידעתי דברי לאו כהלכתא בלא טעמא וקונטריסו הבהיר חכלילי חיך הטועמו אומר לי לי במשמא ובטעמא וסמיכה זו מה טיבה בדברים שהם מוסמכים ועומדים בס' כתב איש רבי. הלכתא גברוותא דאמור רבנן בטעמא ואני פי מלך אשמור לבלתי סור מן המלוה אחוז ידי בקן קולמוסא מאשר מלאה ידי יד כהה. כה דברי איש לעיר דורש ומתאוה לתורת משה בהסכמ'ה מדבש ונופת צופים טעימנא להו בכל מיני תרגימא, האח יקטן מעתיר ומתחנן לאל נור מבטן גוחי. יעזרני על דבר כבוד שמו לבלתי אכשל בדבר הלכה ויזכני ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי לעיר אנכי ונבזה מאום וסחי.

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

סימן ד'.

דיני כתב יד.

שאלה מעשה שהיה כך היה שזה עשר שנים שבא שליח מלוה מעיה"ק ירושלם ת"ו לנא אמון יע"א ועשה והצליח וחתם בשטר ליחידי סגולה של ק"ק הנז' שיתנו כל אחד מעה אחת בכל שבוע לעיה"ק ירושלם תוב"ב כאשר עשו רוב העולם ואחר החתימה קרא לראובן ושמעון גבירי העיר ואמר להם שהם יתחייבו בסך קצוב לשנה והם יגבו מהיחידים בכל שבוע ונתרצו על זה הגבירים הנז' ראובן ושמעון וכתבו לו שטר מחתימת ידם וזה נוסח תורף השטר: הן עתה זאת חתימתינו תעיד ע"ע איך מודים אנחנו הח"מ הודאה גמורה כמודה בפני עדים ובפני ב"ד חשוב איך אמת הדבר ויציב כתבנו שנתחייבנו לתת לכו' ירושלים תוב"ב סך שמונים גרוש לשנה. מן היום הזה עד מלאת עשר שנים רצופות וכו' מידי שנה בשנה ולא יעבור ואכן בדידן נגבה המעה כסף שעשה משה וכו' מאת כל איש החתומים ואם ח"ו פיחתו עליה דידן להשלים השמונים גרוש בכל שנה עד תשלום עשר שנים דוקא וכל זה וכו' ולראית האמת וכו' עכ"ל. ויהי כי ארכו הימים ולא שלחו מחיובם כלל לבד שבעים גרוש שעבר דרך שם שליח אחד וגבו מקצת יחידים סך הנז' ונתנו לו ויהי כראותם חכמי עיר הקדש ירושלם ופקידי שרי קושטא יע"א שנשלמו העשר שנים ולא שלחו שום דבר נמנו וגמרו לשלוח שליח אחר לגבות מהם המותר ויהי בבואו ומצא כי ראובן שהיה ירא שמים ואמיד בנכסים זה שתי שנים שהרגוהו הגוים בעוה"ר פתע פתאום באמצע השוק חלי"ש ושמעון מטה ידו ואפי' לפרוע חלקו מהמעה שנתחייב כשאר היחידים לא רצה ליתן והוא ידוע ומפורסם לכל באי שער עירו לגברא אלימא דלא ציית לדינא. ויהי בראות השליח כי לא היה יכול עם שמעון נתיעץ עם חכמי וגבירי הזמן של עיר הנז' וקרא ליחידים עצמם החתומים בשטר שהיה להם השג יד לפרוע מה שהיו חייבים ועלה ס"ה מו"מ לשלש מאות גרוש, שנמצא שפיחת מסך חיובם ארבע מאות גרוש והותר. הן עתה יורנו מורינו המורה האם חייב בנו של ראובן לפרוע מנכסי אביו פחת זה כולו או מקצתו, או פטור לגמרי מטעם היותו כתב יד דהוא מהימן אביו למימר פרעתי ואכן טעניכן ליתמי כל מה דהוה מצי אבוהון למיטען, או יש חילוק בין כתב יד כזה דאית ליה קלא טפי לשאר כתב יד. על הכל יבוא דברו הטוב ושכמ"ה.

תשובה הלא מראש אקוד ואשתחוה לאל לא ינום ולא ישן יבינני דעת מודעה רבא שלא להטות את הדין ואף כי מן הראוי היה לשים לפי מחסום כי שמעתתא בעיא דעתא צלולה ואנכי היום גולה ומטולטל וכמה הרפתיקין כיסי דעדו עלי אשר כל שומעם יעשה בשרו חידודין חידודין, אכן חובה מוטלת עלי לאהדורי אזכותא דירושלם תוב"ב עד פרק נגמר הדין ואלקטה נא שנים שלשה גרגירים בראש אמי'ר להעיר און הרבנים היושבים על מדין ואם אזכה לכוין לדבר הלכה ישמח לבי גם אני שזכיתי בדין ואם לאו יהיו דברי לפלפולא בעלמא ומעשה חידודין וזה החלי בסייעתא דשמיא.

אנכי הרואה כי השואל פשיטא ליה דהם עצמם חייבים להשלים הפחת מן הדין ונפל לו הספק ביורש ולכאורה היה נראה דאפי' הם עצמם פטורים מלשלם וכ"ש היורש, ומנא אמינא לה ממה שפסק הר"מ ז"ל פי"א מה' מכירה דין ט"ו וז"ל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אעפ"י וכו' ה"ז חייב שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא. כילד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר וכו' ה"ז כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם אעפ"י וכו' שמיהם מודים וכו' שלא היה לו אללו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב וכזה הורו רוב הגאונים ע"כ. וה"ה ז"ל הביא סוגיא דריש פ' הנושא דאיפליגו ר"י ור"ל באומר לחבירו חייב אני לך מנה וכו' והא דכתב לו שטר כתב ה"ה ז"ל דהייט כשמסרו לו בעדים וכמ"ד עידי מסירה קונים או בכתב ידו ומסרו בינו לבין עצמו וגבי ביה מבני חרי כדין כתב יד והביא שיטת הרמב"ן והרשב"א החולקים על הר"מ ז"ל בשתי החלוקות יע"ש באורך. והרב לח"מ הקשה על הר"מ ז"ל שהרי בגמרא אמרו אמר רבא כתנאי ערב היוצא לאחר חיתום שטרות גובה מב"ח מעשה בא לפני ר' ישמעאל ואמר גובה מב"ח ן' ננס אמר אינו גובה לא ממשעבדי ולא מבני חרי וכו' לימא ר"י כר' ישמעאל ור"ל כבן ננס ותי' לא אליבא דבן ננס כ"ע לא פליגי דפטור כי פליגי אליבא דר' ישמעאל ור"ל ע"כ לא אמר ר' ישמעאל אלא בערב דשייך לשיעבודא דאוריתא אבל הכא דלא שייך שעבודא דאוריתא לא ע"כ. וא"כ נמלא דכיון דאנן פסקינן כר"י בחייב אני לך מנה כ"ש בערב דהוי שיעבודא דאוריתא דחייב וזהו דעת הראב"ד והרמב"ן והזכירו המ"ר ז"ל בסי' קכ"ט אכן הר"מ ז"ל נר' דס"ל דערב היוצא לאחר חיתום שטרות בעי קנין וכמ"ש ה"ה ריש פכ"ו מה' מלוה ולוה. וזה דבר תימא דכיון דכאן פסק כר"י דחייב כ"ש בערב דשיעבודא דאוריתא כמ"ש בגמרא ועוד יש לתמוה בלבון רבינו שכתב כאן שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב ושעבוד ערב כבר הוכחנו דלא מהני בלא קנין ועוד יש לתמוה בדעתו ז"ל דאמאי לא מהני באתם עידי בלא קנין כי היכי דמהני הכא בחיוב אתם עדי וכו' וקושי' זו האחרונה הקשה הר"ן ז"ל לדעת הר"מ וז"ל ובערב ה"ט דלא מהני אתם צידי לפי שהוא דומה לאסמכתא עכ"ל. ועפ"י דברים אלו ישב לח"מ השתי קושיות ראשונות יע"ש בספרו ואף שחזר והקשה דמדברי הש"ס משמע דההיא דערב בלא קנין מיירי דאל"ה אין הדמיון טוב והניחו בצ"ע מ"מ הרב ש"ך ישב זה דהש"ס משמע ליה דפלוגתא דר"י ובן ננס היא אפי' למ"ד אסמכתא קניא ולכך מיירי בלא קנין אכן לדידן דקי"ל אסמכת' לא קניא צריך קנין משום שדומה לאסמכתא והן אמת שההכרח שכתב לזה דהא לעיל וכו' לא ידעתי אסברהו כמו שיראה המעיין מ"מ ע"כ צ"ל כן לדעת הר"מ כי היכי דלא תיקשי דידיה אדידיה לפי' דברי ה"ה ז"ל. אכן מ"ש עוד הרב ש"ך דלזה כיון הר"ן ז"ל לא נהירא לע"ד דא"כ הו"ל להר"ן להקשות עדיפא מינה דבערב אפי' בשטר לא משתעבד אלא בקנין ויתרץ זה משום דדומה לאסמכתא ולכן נלע"ד דהר"ן לא ס"ל בכונת הר"מ כמו שפי' ה"ה דס"ל דצריך קנין אלא ס"ל כפי' שפי' הרב גד"ת בדף קע"ט ע"ב דס"ל דלא

וכזה הוא דקאמר הר"מ דפשרה כמכר. אבל לעולם כל שידעינן בבירור האמת, ודאי דפשרה הוי כמתנה ובגילוי מלתא בעלמא סגי וכמו שחילק בלחם רב סי' מ"ז יע"ש כנלע"ד ודוק.

וחוזרני על מה שכתוב בקונטריסו הבהיר ז"ל אמנם כד דייקינן שפיר בלשון השאלה המוגגת לפנינו ממ"ש ובאותו פרק וכו' עד יהיה שרירה וקיימא דאף שיהיה הדין עם ראובן נר' להדיא דנ"ד היה בהפרשות שנפלו בין ראובן ושמעון ולא היה מצד כפירת האמת אלא מצד הדין שהנתבע היה מסתפק שהוא פטור מן הדין והתובע היה מסתפק אם היה חייב לו מן הדין ועל זה נכנסו הפשרנים ביניהם וכו' עד ובפשרה כזו כבר מלתא אמורה למעלה שהיא פשרה עומדת לעד מהטעמים הנז"ל עכ"ל בקונטריסו. וקורא אני עליו והיה ה' עם השופט ורוח ה' דיבר בו כי אני הלעיר. שאלתי את פי השואל לדיעה באיזה דבר היתה הפשרה הנז' ובאיזה אופן. ויהי כמשיב כי דין ודברים היה עמהם על כרמים שהיו ביד ראובן ושמעון טען עליו כי הכרמים הללו היו בשותפות לאבי אביהם כי כן נודע לו מפי עדים ששמעו שהיו שותפים הזקנים בהם. אכן אינם עידי ראיה זולתי עידי שמיעה. והנה בריב זה הליג טענותיהם ודבריהם בשאלה ארוכה לפני השופטים והדיינים יצ"ו, ומורה א' המיוחד הורה להם לזכות את ראובן המוחזק בקרקעות, ומורה אחר הורה לזכות את שמעון, וברואתם כל א' דינא שזוכה אותו זה בא בהוראתו וזה בא בהוראתו, וביני ביני נכנסו פשרנים ביניהם ונתן שמעון לראובן סך מה, וכתב לו שטר פיטורין כמוזכר בשאלה. ועתה בא בטענה ראובן שאנוס היה, הרי שלא היה מצד כפירת האמת רק שראובן הנתבע סבור מן הדין מכח פסקא דבי דינא המורה ופוטרו, ושמעון סבור היה שחייב לו מן הדין מכח הפסק דין שבידו מהמורה המחייבו וכל כי הא הדרן למ"ש כת"ר שפשרה כזו לעולם קיימת ככתוב בתורתו וה' עמו שהלכה כמותו.

אך אבי אבי הגם דמודינא ליה בכל הכתוב בתורת משה מ"מ הרי כתוב בדברי קדשו דבפשרה כגון זו דינה כמכר והם הם דברי הר"מ ז"ל. ומ"מ גם במכר כל שהכירו העדים באונסו ומסר מודעה דאיכא תרתי המכר בטל, וא"כ אם בנ"ד היה כמו כן שהכירו העדים באונסו של ראובן ושטר המודעה בפנינו הרי הפשרה בטילה דומיא דמכר. והיאך כת"ר שיחיה פסקיה בסכינא חריפא שהפשרה קיימת הלא לא גרע ממכר ושוין הם ואם באולי יביא עדים שהכירו באונסו ומסר מודעה הרי הפשרה בטילה, אמור מעתה איך לא זכר שר דבר זה שאם באולי הכירו העדים באונסו הפשרה בטילה וגזר אומר דלעולם הפשרה קיימת ולא שת לבו גם לזאת ויש לדון מפאת זה בנ"ד לקיים המודעה ולבטל הפשרה כל שהכירו העדים באונסו. ומדוע לא נרגש כת"ר שי' מזה כי תורה היא וללמוד אני לריך.

ובעמדי על זה כ"ל בעניותי לקיים את דבריו ודינו דין אמת וחלילה חלילה שבאתי להוסיף על דבריו כי מה ידעתי ולא ידע רק אמינא כהלכתיה וכדינו דין אמת והגם שאין ידיעתי מכרעת רק כיהודה ועוד החזקתי דבריו על פי מה שעיני ראו בס' משה בחח"מ סי' כ"ח כתב וז"ל דף ע"ד ע"ג ולרווחא דמלתא אמינא דלא זו בלבד בנ"ד כי לא בפיהם הכרת האונס וכו' עד אלא אף זו דאת"ל היה כתוב ומפורש בדברי העדים שהכירו באונסו ממש דהשתא היה נר' לנעול דלת בפני הפשר דהא איכא אונס ניכר בכדי מסירת מודעה וכו' אכתי מידי ספיקא לא נפקא וכו' וזה דאיכא מרבוותא דמקהו ביה אקהתא במודעה שכתוב בה שהכירו העדים באונסו דהיכי ניקום ונסמוך אנפשין אדיבוריהו כיון דלאו כ"ע דינא גמירי למען דעת כמה הלכתא גברוותא איכא בדיני אונסין ואיזה האונס המבטל המכירה דהרי איומים וגיזומים במחלוקת היא שנוייא וכו' עד וכיולא באלו הן רבים עתה איכא דינים שהדין משתנה וכו' ולא רבים יחכמו ואין הידיעה מקפת בהם אפי' למבינים והיאך נסמוך סמיכה בכל כחינו בדבר שפתימו באמרם שהכירו באונסו והן הן הררים התלוים בשערה וכו'. גם הרמב"ן כתב וכו' וכן כתב מוהריק"ש בהגהות סי' ר"ה וז"ל בזמן הזה נהגו לכתוב במודעה והכרנו באונסו עפ"י מוסר המודעה ואין לסמוך בדבר עד אשר יעידו העדים פרט האונס מה הוא יע"ש, ומן הלד הזה בנ"ד אפי' היה כתוב במודעה שלפנינו אונס ניכר לא היה בו ספק לאשר ולקיים המודעה דהוה תלינן דילמא טעו בא' מכל אלו עכ"ל לעניננו יע"ש דרך ארוכה.

צא ולמד כמו כן בנ"ד דאף דכתיב במודעה והכרנו באונסו כל שלא נודע מפי העדים בדרי' וחקירה עפ"י חכם באיזה לד ואופן היה האונס. אם הוא מהאונסים הנמגרים אשר כח בהם לבטל המכר והפשרה כזאת. מסתמא ליכא למיסמך עליהו ותלינא בטעותא ואין כאן אונס והפשרה קיימת ונכונה לעולמי עד ככתוב בתורת משה ודינו דין אמת. גם מפאת הכתוב בשטר הפיטורין שביטל ראובן כל מיני מודעי וכו' האריך הרחיב איש ריבי זה האיש משה בכל הלדדין ולידי לדדין ככתוב בקונטריסו באורך מעט מחזיק את המרובה ורלונו היה להשתעשע בדברות קודשו ואין הפנאי מסכים כי הימים הללו נזכרים ונעשים בכל דור ודור במקרא קדש חג הפסח הבע"ל. והן הן ימי המעשה זאת היתה מסיבה להיות מעפם ועולה כי דברים הללו סובלים האריכות להשתטח בכל דברי הפוסקים קמאי ובתראי כי הן הררים התלוים בשערה ואין הזמן מסכים. גם מפאת חומר השבועה המולג בשאלה אנכי הרואה כי נטה ידו והראנו ידו הנפלאה ככתוב בתורת משה ולהקת נביאים המה היו בעוזריו ועיין בס' משאת משה בסי' הנז' אשר ילא לדון בדבר חדש והוא מ"ש מוהרי"ט מח"מ סי' כ"ב דכל היכא דמסר מודעה מעיקרא ואמר כל מה שאני נשבע הרי הוא בטל שאיני עושה אלא מפני האונס עדיף טפי מביטול בלב בשעת הנדר דהשתא אתי דיבור ומבטל דיבור יע"ש, דלפי זה אתו דמין גם בנ"ד הגם שנשבע שלא לבטל הפשרה מ"מ אם קודם לזה במסירת מודעה אמר לעדים כל מה שאני נשבע הרי הוא בטל המודעה קיימת ולית בה סרך איסור שבועה. והרב הנז' הביא דברי מוהרא"ש והפ"מ דפליגי עליה דמוהרימ"ט. וחזו הוית להרב הנז' הכריע ביניהם שלא אמרה מוהרימ"ט אלא דוקא כשפי' להדיא ואמר אני מבטל כל מה שאשבע בפה מלא, אבל מן הסתם חזר הדין דאין חשש במודעה לבטל שבועה היולאת מפיו לאחר מכאן ככתוב ומפורש באורך בתשו' הנז'. ועכ"ז מיהת מיהא חיים שלא להקל באיסור שבועה החמורה ככתוב באורך הלא בספרתו, וכ"ד עדיף טפי שנשבע ע"ד המב"ה וע"ד הנ"ב וע"ד שמעון הלא שבועה ע"ד חבירו אין לה ביטול בלתי ידיעתו כנודע מפי סופרים ומפי ספרים ואין לורך להאריך. וא"כ אפי' שיאמר בפה מלא כל מה שאני נשבע הרי הוא בטל כלע"ד דכל כיולא בזה שנשבע ע"ד חבירו אין יכולת בידו לבטל השבועה אשר נשבע אא"כ בלתי ידיעת חבירו ואפי' מוהרי"ט ז"ל יורה יורה ידין ידין להחמיר בנ"ד מלד חומר השבועה. והיה מקום אתי להאריך בפרט זה ולסי' הנז"ל אלכה אחרי הקולרים במקום שאמרו להאריך.

כללא דהאי שמעתתא הן אני כפיך לענין הלכה ולמעשה שהפשרה קיימת ואין כח במודעה לבטלה מכל טעמי תרילי דחזינו ליהו בכתבי הקדש לרב אחאי יצ"ו. ודינו דין אמת וה' עמו שהלכה כמותו ודברי

זוזי הוי דמיא למכר. ולפי חילוק הרב הי"ל לדון דאפי' הוו בה זוזי שקבל מ"מ דמי למתנה מאחר שחייבוהו ב"ד במאתים דינרים ולא ידענא איך הרב ז"ל לא ראה שתשו' זו היא נגד חילוקו הנז'. וביותר יש לתמוה שהרב המאסף גופיה שם בסוף האות הנז' רמז הך תשו' דסי' ע"א ולא נרגש ממנה שהיא נגד חילוקו כדבר האמור, באופן שדבריו כעת צל"ע ונפלאו ממני .

הדרן למאי דאתינא עלה במ"ש בדברי קדשו דאם כ"ד הוי כנדון הרשב"א הדין עם ראובן והמודעה קיימת.

ואני עני ואביון איברא דקושטא קאי שכן הדין לדעת הרשב"א אך נר' דהרא"ש ז"ל בכלל ע"ב סי' ה' נר' דחלוק הוא עם הרשב"א לענין דינא על ראובן שטען על שמעון שחייב לו מאה ליטרין הילים' והשיב שמעון לא הייתי חייב לך כי אם שמונים ליטרין וכו' והראה שהיה לו שטר פיטורין מכל השאר והשיב ראובן אנוס הייתי כי יראתי פן אפסיד כל הממון כי אמרת לי אם לא תרצה למחול ולכתוב שטר פיטורין וכו' לא אתן לך פרוטה וכו' וקודם שמחלתי מסרתי מודעה וכו' והשיב נר' דלאו מודעה היא והמחילה הויא מחילה דאמרינן בפ' חזקת דף ל"ט אמרי נהרדעי כל מודעה דלא כתיב בה אנן ידעינן באונסיה דפלוני לאו מודעה היא ובנדון זה הא לא הכירו העדים באונסו של ראובן וכו' דאי אונסא הוא אפי' בלא מסירת מודעה, דמאי אי דגיטא ומתנה וכו' אי מודעה דזביני הא אמר רבא לא כתבינן מודעה אזביני. ופירשב"ם רבא לטעמיה וכו' יע"ש, הרי דהרא"ש ז"ל קיים המחילה וביטל המודעה וזה הפך דעת הרשב"א בתשו' הנז' .

וטרם אבא למאי דקמן אמרתי בעניי אענה אני חלקי בתשו' זו של הרא"ש להבין את דבריו לפקע"ד ואם דל הוא דאנכי הרואה להקת נביאים ילאו נלבים על תשו' זו ראשון לציון מוהר"א די בוטון בלחם רב סי' מ"ז חזי בה תיוהא וגם בסי' ר"ז הוי בה חדא דנ"ד דהרא"ש פליג מדידיה אדידיה דממ"ש בתחלת דבריו דלאו מודעה הוא משום דלא כתיב בה אנן ידעינן באונסיה משמע דס"ל דפשרה דמי למכר וכו' וממ"ש אח"כ תימא דאי מהניא מודעה וכו' א"כ בלא מודעה וכו' משמע דמדמי לה למתנה דבגילוי מלתא סגי. תו קשה ממה שהביא ראיה מרבא והוא עצמו פסק דלא כרבא והאריך בישוב דברי הרא"ש יע"ש. גם מוהריט"ץ בסי' קפ"ט עמד עליו, ומוהרא"ש בס' קונטרים המודעה בתשו' סי' ב' עמד עליו. ובפרח מטה אהרן ח"א סי' קי"ט וח"ב סי' כ"ו. ובס' משאת משה בח"מ סי' כ"ח עמד עליו, ושם ראיתי שתמה על תי' מוהריט"ץ שכתב דהרא"ש ס"ל כהרמב"ן דבזביני נמי כי איכא אונס דאין צריך מסירת מודעה דס"ל כרבא אע"ג דכולהו רבוותא פסקו דלא כרבא וכו' היה הרא"ש אזיל כשיטת הרמב"ן וכו' ותמה עליו חדא דהרא"ש בפסקיו פסק להדיא כרב הונא ודלא כרבא. ועוד דבכלל הנז' סי' ו' נר' להדיא דפסק דלא כרבא יע"ש שדחה את דבריו, ולדידי חזי לי בישוב דברי מוהריט"ץ דגם לא נעלם ממנו דעת הרא"ש בין בפסקיו בין בתשו' ס"ל כרב הונא דבין בשדה זה ובין בשדה סתם כתבינן מודעה ודלא כרבא. מיהו כונתו ז"ל דגם במכר כל שהאונס הוא מצד המכר עצמו כי ההיא עובדא דפרדיסא בהא לא בעינן מודעה. וגם נדון הרא"ש הוי ממ"ש האונס מצד עצמו של דבר דוגמת פרדיסא שרוצה לכפור מה שחייב לו הלכך כתב הרא"ש ז"ל דלא בעי מודעה אבל לעולם דבשאר זביני שאין האונס מצד המכר עצמו ס"ל כרב הונא דכתבינן מודעה ואפי' בשדה סתם. כנלע"ד בדעת מוהריט"ץ ודוק היטב בדבריו שדבריו מכוונים כמו שכתבתי.

וליישב דברי הרא"ש בתשו' הנז' ילע"ד ביאור דבריו דלעולם ס"ל דפשרה דינה כמכר כמ"ש בתחלת דבריו מההיא דאמרי נהרדעי כל מודעה דלא כתיב בה אנן ידעינן באונסיה של פ' לאו מודעה היא ובנדון ההוא העדים לא הכירו באונסו כי הוא הלך אצלם ואמר להם שאנוס היה לס' שהיה רוצה לכפור לו הכל ומי מפיס שהוא אמת דדילמא לא היה חייב לו רק פ' ליטרין ועפ"י דיבורו לא מהימנינן ליה כל כמה שהעדים עצמם לא ידעו והכירו באונסו ואינה מודעה דאם נאמר שזו חשיב אונס א"כ אין לך פשרה בעולם שתתקיים כאשר האריך בטעמן של דברים. והוסיף עוד להביא ראיה לדבריו ממאי דפריך הש"ס בפ' חזקת דמאי אי דגיטא ומתנתא בגילוי מלתא בעלמא סגי כונתו דאם איתא הו"ל לממני בהדיהו פשרה דבגילוי מלתא נמי סגי דומיא דגיטא ומתנה וממאי דלא קאמר הש"ס אלא גיטא ומתנה ולא הזכיר' פשרה בהדייהו אלמא דבפשרה לא סגי בגילוי מלתא אלא בעי' שיכירו העדים באנסו הא לאו הכי לא חשיב אונס כלל. ואמר עוד דאי חשיב אונס אפי' בלא מודעה כלל מהני כדקאמר הש"ס לרבא דאי בזביני וכו' ופי' רשב"ס וכו' כונתו להוכיח מזה דכל דחשיב אונס לא בעי' מודעה, והגם דלית הלכתא כותיה אלא כרב הונא מ"מ בדבר זה דכל היכא שהאונס ניכר לא בעי מודעה בהא גם רב הונא יודה דבאונס ניכר לכל לא בעי מודעה , ומינה אתה דן דבאונס ניכר לא בעי מודעה וא"כ אם נאמר שנדון זה הוי אונס ניכר אפי' בלא מודעה מהני ואם נאמר כן א"כ ביטלת כל פשרה הנעשית בישראל דלא מהניא כלל משום דהדבר ידוע בכל מין פשרה הוא מחמת שזה תובעו והלה כופר ומתוך כך עושין פשר דבר ואיך אפשר שנבטל כל הפשרות הנעשות בישראל. אלא ודאי דאין זה אונס כלל לבטל הפשרה כל כמה שלא הכירו העדים האונס וחזר הדין כמ"ש בריש דבריו דפשרה הו"ל כזביני דבעי' שיכירו העדים באונסו הא לאו הכי הפשרה קיימת והמודעה בטילה כנלע"ד היתוך דברי הרא"ש ודוק, והדברים הללו קרובים למ"ש הלחם רב בסי' ר"ז בפי' דברי הרא"ש יע"ש, ולעולם דהרא"ש ס"ל דפשרה הוי כזביני וכדעת הר"מ ודעימיה. ועיין במשאת משה סי' כ"ח. ובפרח מ"א ח"א סי' קי"ט העלה בדעת הרא"ש איפכא דס"ל דפשרה הוי כמתנה ופנה לו לדרך אחרת בכונת דברי הרא"ש והוקשה לו לפי דרכו דנמלא דהרא"ש חולק על הר"מ ז"ל דס"ל דפשרה הוי כמכר והוא ז"ל חילק בין פשרה לפשרה דפשרה שכתב הר"מ היינו בפשרה הנעשית ע"י דיינים, וטעמא כמ"ש מרן הב"י לפי שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו וכן הנתבע. אבל בפשרה הנעשית ע"י בעלי דינים וכו' הוי כמתנה יע"ש והביא סעד לחילוקו בכ"כ מוהר"א די בוטון סי' מ"ז. ואחר המחילה רבה מהוד תורתו בראותי דברי הלחם רב סי' הנז' לא יכולתי להלום דבריו דאיברא שגם הלחם רב חילק שם בין פשרה לפשרה, אמנם הרואה יראה שדברי הלחם רב שם הפך חילוקו דבפשרה שים פנים לכאן ולכאן כתב דהוי כמכר ובפשרה הנעשית מכח הדיינים כתב דהוי כמתנה כאשר יראה הרואה והוא הפך חילוקו וכעת דבריו שגבו מני וצל"ת .

ומכל מקום למה שתמהנו לעיל שדברי הרא"ש נראין הפך דברי הרשב"א שהביא מרן בסי' י"ב הלא עיני ראו שם בפרח מטה אהרן סי' הנז' נרגש מזה ומפרק כלאחר יד שדברי הרשב"א הם דוקא כשנתברר בעדים שבאמת צדקו דברי ראובן בכל מה שטוען עליו וכו' עד והרא"ש דעת שפתיו ברור מללו דמיירי כשאין ברור אם דברי ראובן הם כנים ונכוחים או שהוא טוען כך ואפשר שאין בפיהו נכונה וכו' יע"ש דף ר"ג ע"ג. ולפי דבריו אלה ילע"ד דהרא"ש ז"ל ס"ל דפשרה כגון זאת דלא ידעינן אם כנים ונכוחים דברי ראובן או לא, אז הוא דס"ל להרא"ש דהוי כמכר ובעינן תרתי מודעה ושיכירו העדים באונסו

ובזה

מי ילא מלך ישראל אחרי פרעוש קטן קטינא קטינא עפר מן האדמה, לא צריכא לי ולמטלטעתי כי מה אני יהלוך ומה ידעתי ולא ידע ולפניו נגלו תעלומות חכמה, כי משמתי את כל כלי ואין כ"ל ואין עונה דגמיר מיכה מיכה פחות שבערכין והנה היולא מפי פרוץ מרובה אין חומה, מה זו סמיכא לגברא ערטילאי כמוני היום חירגא דיומא, לולא לפי רוב הענוה אענותנותיה דמר סמיכנא כי הוא אמר ויהי ודיבורו הקל עלי חובה לשמור תורה ומזימה, אני פי מלך שמור והנני מטפס ועולה כנגס שבנכנסים ע"ג האדם הגדול שבענקים יתיב רומה, ולבלתי סור מן המלוה שלחתי ידי יד כהה עד מקום שידי מגעת ולפי שכלו יהולל איש אם מעט ואם הרבה ואשאלה עזר מאלק'א דישראל יעזרני לכוין ההלכה לאמיתה יולאה בהיגומא יכיא"י.

תחלת דברי פיהו אנכי הרואה רא"ה מהימנא בזאת התורה אשר שם משה אחר אתירה בדברי השואל לדיעה במ"ש שהיה לו לראובן דין ודברים ונתפשרו ביניהם כי לא פורש אם היה בעסק חוב ומלוה, או בענינים אחרים דנפקא ליה לענין דינא דאם היה בעסק חוב ומלוה שהיה תובע ראובן משמעון ושמעון היה כופר בכל ולפי שעה לא מלא עדים וראיה להוליא ממונו ממנו ולפיכך נתרלה בפשרה. אם הדבר כן הדין עם ראובן ומטי לה מתשו' הרשב"א שהביא מרן בב"י ח"מ סי' י"ב והיא בתולדות אדם סי' רע"א על ראובן הפקיד בלא שטר ובלא עדים מעות אלל שמעון להעלותם בריבית ולזמן אמר לו תן לי מה שיש לי בידך והשיב שמעון אין לך בידי כלום אבל עשה לי מחילת שמים וכו' והשיב דברים ברורים אני רואה שאין שמעון יולא ידי שמים בכך וכו' עד גמירא כמולג בקונטריסו הטהור זה כתב ידו של אבא יל"ו.

ובתורת משה כתוב כי לפי תשו' זו של הרשב"א מוכח דס"ל דפשרה דינה כמתנה וקשה בעיניו שהוא כנגד הסמ"ג והרא"ש והר"מ ורבינו ירוחם דהכל שוין לדעת אחד וסברי מרן דפשרה הוי כמכר, ומלא מנות שמוהרח"ש בקונט' המודעה עמד על זה וכדי להסכים דעת הרשב"א לדעת כל הפוסקים הנז"ל חילק בדף כ"ה ע"ב ובתשו' שם סי' ב' בין פשרה לפשרה כאשר כת"ר כתב כל דבריו באורך, ואדוני משה ה"י עפ"י חילוק מוהרח"ש מלא מנות ליישב תשו' הרשב"א אהדדי דמהתשו' הנז' כו' דס"ל דפשרה אע"ג דאיכא זוזי דינה כמתנה ומחילה ואילו מתשו' הרשב"א דסי' אלף ס"א ממ"ש שם דבמתנה ומחילה כל היכא דליכא זוזי מחילה ומתנה באונס אינה כלום משמע הא היכא דאיכא זוזי גמר ומקנה ונמלאו שתי תשו' דפלגן בהדייהו וכאשר עמד עליהם בשו"ת משפטי שמואל סי' פ"ו והרב המאסף סי' ר"ה אות פ"ד, וכת"ר שיחיה כתב וז"ל אכן בחילוק שחילק מוהרח"ש ז"ל כדי ליישב דברי הרשב"א וכו' יכולין אנו ליישב דברי הרשב"א ז"ל כי היכי שלא יהו דבריו סותרים זה את זה דבתשו' שהביא מרן בסי' י"ב מיירי שהמלוה ידע בודאי שהוא חייב לו אלא שכופר ורולה לגוזלו וכו' כנז"ל, ובהך תשו' דאלף וס"א דמשמע דהיכא דאיכא זוזי גמר ומקנה מיירי בהפרשות שבין התובע לנתבע לא מלד כפירת האמת אלא שהתובע סבור שאינו חייב לו מן הדין ונתפשרו ביניהם וקבל קלת מהמעות דבהא אמרינן דאגב זוזי גמר ומקנה כמש"ל דבריו באורך ובכי האי גוונא מיירי הך תשו' דסי' אלף ס"א עכ"ל כתוב בדברי קדשו.

ואני בעניי דברי קדשו ניחא בהך תשו' דסי' אלף ס"א דמאחר שדברי הרשב"א סתומים אפשר לאוקומי דמיירו בהפרשות ככתוב בדברי קדשו, אמנם לנהיר לעיינין בתשו' אחרת בתולדות אדם להרשב"א סי' ע"א על שנים שנתעלמו בדין וכו' וב"ד חייבו את האחד ליתן לחבירו מאתים דו"ק וכו' אח"כ נתן שוחד כדי שיכופו את המלוה שימחול לו אותן מאתים דינרין וכן עשה ועכשיו המלוה תובע המאתים דינרין והלוה מוליא שטר המחילה והמלוה אומר שנאנס עד שמחל, והשיב הדין עם המלוה שכל שאנסוהו שיתן ושימחול אין מתנתו מתנה ואין מחילתו מחילה תליוה וזבין אמרו דזביניה זביני משום דאגב אונסא דזוזי גמר וזבין אבל בלא זוזי לא ולפיכך מחילה זו אינה מחילה עכ"ל יע"ש, משמע טעמא משום דליכא זוזי הא אי הוה יהיב ליה מקלת זוזי ומחל לו על קלתן כגון שנתן לו ק' דינרין ועל מאה הנשארים אנסו למחול דהו"ל כזביני דאגב זוזי גמר ומקנה, וזה סותר למ"ש בתשו' שהביא מרן הקדוש בסי' י"ב דאפי' שנתן לו מקלת דמי ליה למתנה וחשיב ליה אונס והכא אין חילוק כת"ר מתישב דהלא הכא חייב היה לו בדין מאתים דינרין, וע"י השוחד כפוהו לגוזלו וכמעט שגנבו כלו וכפוהו למחול, ואם כחילוק כת"ר הי"ל להרשב"א לדון בנדון ההוא שאפי' שכפוהו למחול לו קלת ופרע לו קלת הואיל ונתכון לגוזלו ממה שנתחייב לו בדין אפי"ה חשיב אונס ואין מחילתו מחילה ומה לו להרשב"א לומר אבל בלא זוזי לא דמשמע הא אי איכא זוזי קלת מחילתו מחילה כדין זביני דאגב זוזי גמר ומקני, באופן שחילוק כת"ר אחר המחילה רבה כדת לא הונח לפקע"ד בראותי תשובה זו, וכבר היה לי לבא על חילוק כת"ר בטרוניא מתשו' אחרת בתולדות אדם להרשב"א סי' פ"ג על ראובן שאנס את שמעון ומסרו ביד אלר הנכרים בעלילות שהעליל עליו וכו' עד שקבל על עלמו לעשות כל מה שגזרו עליו שני פשרנים מאותן הענינים שהיה ראובן מתרעם ממנו וכו' והשיב כל השעבודין שעשה מחמת האונס אינם קיימין כל שיש עדים שהכירו באונסו ולא קבל ממון מחמת כן משום דתליוה וזבין אמרו דהוי זביני משום דאגב וכו' הא בלא זוזי לא וכו' יע"ש. דגם מתשו' זו נר' סותרת לההיא שהביא מרן בסי' י"ב דאפי' באיכא זוזי כתב שדינה כמתנה ומחילה דחשיב אונס, ואילו הכא כל עיקרו דחשיב לה אונס היינו מטעם דלא קביל זוזי משמע הא אי קביל זוזי קלת הו"ל כמכר דאגב זוזי גמר ומקנה והסתירה מבוארת. וגם בזו חילוק כת"ר שיחיה לא מיתבא שהרי חשב לגוזלו דעלילות ברשע כמולג בשאלה וא"כ איפוא הו"ל לדון דאפי' שקבל קלת זוזי חשיב אונס שפיר כיון שכיון לגוזלו. אלא דבהך תשו' אחרי ראותי היטב יש להעמיד חילוק כת"ר שי' דמ"ש בשאלה לעשות כל מה שגזרו עליו שני פשרנים מאותם הענינים שהיה ראובן מתרעם ממנו וכו' דאפשר דמיירי בהפרשות שהיו בין שניהם לא מלד כפירת האמת וכו' ככתוב בדברי קדשו וע"ז הוא שנכנסו הפשרנים ביניהם אלא דכדי שלא יחזור בו הוכרח להתעולל עליו בכח אחרים שיקבל גזרת הפשרנים, וכל כי הא אם היה מקבל קלת דמים ודאי דלא חשיב אונס כיון שמעיקרא לא כיון לגוזלו באופן שמתשו' זו אין בה מן הקושי ויש מקום לחילוק כת"ר ושפיר. אך ההיא תשו' הקודמת לא מלאתי לה מנוח בחילוק כת"ר כי אין מקום לחילוקו וכדכתי' לעיל. ומכח תשו' הרשב"א דסי' ע"א אני תמה על הרב כנה"ג בסי' ר"ה אות פ"ד כדי ליישב הך תשו' שהביא מרן בסי' י"ב עם ההיא דאלף ס"א כתב וז"ל וכ"ל לתרץ דלא אמרינן דמחילה ומתנה דאית בה זוזי דינה כמכר אלא דוקא בפשרה שיש טענות ביניהם שאין להם בירור בב"ד וכו' וזו דאלף ס"א מיירי בהכי אבל תביעות בשטר וכו' ויש בירור שב"ד חייבו אותם בדין אלא שידו תקיפה וכו' לא הויא כמכר אלא כמתנה וכו' ובזה מלא מנוח לב' תשו' יע"ש. ולפקע"ד הרי התשו' דסי' ע"א הנז"ל מנגדת לחילוקו שהרי שם חייבוהו בדין ליתן מאתים דינרים, ואפ"ה כתב הרשב"א דאין מחילתו מחילה מטעם דלא אמרו אלא בזביני דמשום אנסא דזוזי וכו' אבל בלא זוזי לא כנז"ל משמע דאם בנדון ההוא הוי

בטלי' למודעי קמ"ל עד דאמר ביטלתיה עכ"ל.

ומכאן סמכו של בית רבי הפוסקים ז"ל שאם בטל למודעיה דמהני וכמ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ו מה' גירושין ובפ' עשירי מה' מכירה והרא"ש פ' השולח ופ' חזקת והטור בא"ה סי' קל"ד ובח"מ סי' ר"ה כתב וז"ל ואם מסר מודעה וביטלה אח"כ כתב רבי' האי דלא הוי ביטול אפי' אם פי' בשטר וביני דזבין בדלא אנים וכו' לאו כלום הוא דההוא אונסא דאנסוה אעיקר זביני הוא גופיה אנסוהו לאודויי ליה מאי דבעי. וכן כתב הרי"ף והרמב"ם ז"ל וכ"כ הרמ"ה ז"ל דלא מהני ביטול מודעי בזביני עד שיעידו העדים שידעו בסילוק אונסו או שהודה לו שלא מסר מודעה קודם לכן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמיא. אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב דאם כופהו לבטל המודעה אעפ"י שאמר בשעת מסירת המודעה כל מה שאבטל לא יהיה ביטול אינו מועיל דמ"מ לבסוף כשכפו אותו לבטל מ"ש מקודם הכל בטל דאגב אונסיה גמר ומקנה ומבטל עכ"ל, נמצא כללן של דברים דלס' רבינו האיי ולסברת הרמ"ה ז"ל ס"ל דאם מסר מודעה ובטלה אח"כ דלא הוי ביטול ואין תיקון בדבר עד שיעידו העדים שיעידו בסילוק אונסו או שהודה לו שלא מסר מודעה קודם לכן דוקא בשני אופנים הללו מהני לבטל המודעה ולא באופן אחר.

אך הרמב"ם ז"ל בסוף פ' יו"ד מה' מכירה ס"ל דאם העידו עליו עידי המכר שביטל המודעה הרי המודעה בטילה, ומה שהשוה רבינו בעל הטורים דעת הרמב"ם ז"ל לדעת ר' האיי והרמ"ה ז"ל כבר נרגש מזה מרן הקדוש ז"ל שם בב"י ויישב שהר"מ שוה בלד א' לאינהו רבוותא לאם מסר מודעה על הביטול המודעה קיימת ולאפוקי מ"ש הרא"ש ז"ל יע"ש, וכתב הרב הגדול מוהרי"ט ז"ל בחח"מ סי' מ"ג שאפי' לדעת הרא"ש ז"ל צריך שיעידו העדים בפי' שביטל המודעה לא שיאמר סתם והסופר כותב בביטול מודעי יע"ש. ולא אטפל עצמי להאריך לכתוב בפרט הלז ובפרטי פרטיהן כי רבים הם ואין הפנאי מסכים רק דבר הנוגע לנ"ד המוסכם לרוב הפוסקים. והנה בענין הביטולים כתב הרב הגדול מהרי"ו ן' לב בתשו' ח"ג סי' כ"ח וז"ל נמצא שיש ארבע תקנות כדי שיתקיים המקח אף בדאנים וכו'. חדא מ"ש התו' והרא"ש ושאר המפרשים שביטל מודעי ומודעי דמודעי ע"ם כל המודעות. והתיקון השני מ"ש הרשב"א פיסול העדים. והתיקון הג' מ"ש הרמב"ם ז"ל שאמרו לו העדים אמור בפנינו שכל הדברים שמסרת שהם כשיתקיימו גורמין לבטל וכו' והתיקון הרביעי מ"ש הרמ"ה ז"ל שיעיד על עצמו שלא מסר מודעה קודם לכן וכו' והשנים מאלו התקנות הם שמודה שמסר מודעית אלא שהוא מבטלן והשנים מהם הוא שאומר שלא מסר מודעה וכיון שכן נ"ע אי מלי למכתב כולהו כיון דסותרות זו את זו, וחזינא לספרי דווקניי דכתבי כולהו בשטרי עכ"ל, ואני תמה עליו דלמה הזכיר תיקון אחר שהזכיר הרמ"ה ז"ל שיעידו העדים שידעו בסילוק האונס כמ"ש הטור להדיא בשם הרמ"ה ותיקון זה ג"כ מודה בו רב האיי ז"ל וכמ"ש העיטור בשם רבינו האיי ז"ל דבריו יותר באורך ממ"ש הטור ז"ל ומרן הקדוש הביא דבריהם שם יע"ש. ואין לומר דס"ל כיון דתיקון זה אינו תיקון כוללי אלא באונס הבא לו מאחריני דידיע ולא מאונסא דאפשר דלא ידיע וכמ"ש מלשון העיטור שהביא דברי רבי' האיי ז"ל שכתב שם בא"ד וז"ל אבל אונסא אחרינא דידיע לא מהני ביטול עד דכתב ידעינן אונסא וידעינן סילוקא וכו' ואי ידיע לא מהני ביטול סתמא עד דמתפרש מודעה וסילוק דידה וע"כ לא הביא מוהריב"ל ז"ל תיקון זה והוא על צד הדוחק דאפשר לפרש דברי רבינו האיי באופן אחר ולא כש"ל. ובכן אשימה עיני עליו בנ"ד דלפי האמור אף את"ל שראובן מסר מודעה קודם הפשרה כמו שטען ואמר שיש לו שטר

אנסות שאפשר היה באונס ע"כ זה לא אהניא לרמאי ברמאותיה מאחר שכבר נתברר לפני הפשרנים ולפני העדים שביטא בשפתיו ואמר שמתרצה בפשרה זו אף שיהיה הדין עם ראובן שדברים אלו מורה באצבע ששניהם מסתפקים בענין הדין כמש"ל ופשרה כזו הויא פשרה כמ"ש בשם מוהרא"ש ז"ל.

ועוד זאת יתירה שביטל לפני העדים כל מודעי ומודעי וכו' ע"ם וכו' שהוא תיקון הרא"ש והתו' גם פירש ואמר שלא היה אנוס וע"ז כתבו בדלא אנים אלא ברצון נפשו נתרצה בפשרה וידעו העדים בסילוק האונס שהוא תיקון דהרמ"ה ז"ל גם תיקון הרשב"א ז"ל אי אי' שלא נכתב בשטר המעשה כדין וכהלכה שכותבין בפיסול וכו' לדעת הרשב"א ז"ל.

והנה הרואה יראה בתשו' מהריב"ל הנז"ל הורה שם לבטל המודעה בחד מהני תיקוני הנ"ל שכתב שם באותו נדון דאי דיינינן ליה כמכר אי כתוב בשטר מודעי דמודעי וכו' או שמעיד על עצמו שמסר מודעה או תיקון הרמב"ם או תיקון הרשב"א ז"ל הרי המחילה קיימת וא"כ כ"ש בנ"ד שיש שנים וג' תיקונים ודאי דהפשרה קיימת לעד.

והעולה למעלה ע"ג שראובן נשבע בעת הפשר שבועה חמורה בנקיט' חפץ בתורה עדהב"ה דאין טענת אונס מבטלת את השבועה החמורה וכמ"ש מהריב"ל ז"ל בס' הנז' ונסתייע מדברי המרדכי שנראה מדבריו בהדיא דמאי דאמרינן אדם בשבועה פרט לאנוס הוא דוקא אונס הגוף אבל אונס ממון לא חשיב אונס לענין שבועה אלא שעל כל פנים לקיים שבועתו אם לא שחשב בלבו היום או שביטא בשפתיו בהדיא דתנן נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין וכו' וכן נר' מתשו' מוהר"ם בר נמת הבי' ה מרן בב"י יורה דעה סי' רל"ה שכתב בהדיא שבאונס ממון צריך שיחשוב בלבו היום גם נסתייע מהריב"ל ז"ל שם מדברי הריב"ש ז"ל יעיין שם דבריו באורך.

והרב מוהרא"ש ז"ל אחר שנשא ונתן בענין כיד ה' הטובה עליו כתב שם בקונטרים המודעה דף כ"ט ע"ד וז"ל אמנם העולה מכללן דרובא דרבוותא ס"ל דלגבי שבועה לא אמרינן ל"ש אונס הגוף ול"ש אונס ממון וכן שנה ופי' כן בתשו' סי' כ' דף מ"א ע"ש.

יצא מהמחובר מכל אינון טעמי תרילי דכתיבנא שהדין עם שמעון ופשרתו בלכיונה ובקומתה עומדת לעדי עד ואין כח ביד ראובן לחזור ואם חוזר בו ואישב עם קונהו יתן כסף סוררת לבלתי שמוע אל הדין ואל התורה הזאת יודיעוהו ואנחנו נתלין חוששים לעשות משפט כתוב וידע כי יש אלקים שופטים בארץ. ואם שמוע ישמע ברכות התורה יחולו על ראשו. כס"ו ולזר יש' יגילנו משגיאות.

כ"ד אים לעיר לב נשבר אף רוחי.

ישראל מאיר מזרחי.

זאת השבתי לרב אחי משבחה.

א״ח מעיין ובור סיד שאינו מאבד טיפה פני משה כפני חמה, את לראש מופך ספיר ויהלום טוב לישראל מגלגל חמה הלא הוא הלבי ישראל הרב המובהק זה האיש משה משה לא פסיק טעמא, נר"ו יאיר ויזהיר כחום לא עלי אור לעלם ולעלמי עלמא, מנוגה נגדו השמש ילא כי אראה אור כי יהל מעשה ידי אומן אמון מופלא אמון מכוסה והיה העלמה, דברים שהם כבשונו של עולם הררים התלוים בשערה פרשה זו סתומה, הוציאה לאור כמשכל בניאת ברוחב מבינתו שנה ופירש אליבא דהלכתא יורה יורה ידין ידין תורת אמת היתה בפיהו תורת ה' תמימה, יאמר נא ישראל מה לאוח שחוח דל ורזה להבין אמרי בינה ולרש אין כל יודע עד מה, אחרי

מי

דפשרה אע"ג דליכא זוזי דינה כמתנה ומחילה ואילו מתשו' הרשב"א סי' אלף ס"א ממ"ש שם דכל היכא דליכא זוזי ומחילה באונס אינה כלום דמשמע דהיכא דליכא זוזי גמר ומקנה יע"ש. ונמצאו דבריו פלגן בהדייהו .

ומצאתי להרב משפטי שמואל סי' פ"ו שנתעורר בזה ויסד וז"ל בודאי איכא לחלק דדוקא כגון מכר או הנאה אחרת דיהיב ליה מדיליה אבל הכא דיהיב ליה מדידיה דהיה גוזלו פסי' דלא דמי למכר וגזלתו משיב לו ומושבע ועומד מהר סיני הוא להשיב לו גזלתו ולא מידי יהיב ליה כלל דליחשב דיהיב ליה זוזי דנימא דאגב זוזי גמר ומקנה וכסתייע מדברי מוהריק"ו ז"ל שורש קי"ז ממ"ש בסיום דבריו יע"ש, וראה ראיתי בהרב המאסף בכנה"ג סי' ר"ה אות פ"ד שקרא ערער על חילוק זה שחילק הרב מ"ש וכתב עליו וז"ל וחילוק זה אי אפשר לאומרו מתוך תשו' הרשב"א שכתב והרי זה דומה כמי שאנסוהו ליתן שאעפ"י שקבל קצת מעות לא אמרו בכה"ג אגב זוזי גמר ומקנה שלא אמרו אלא בזוזי של דמי המכירה וכו' דמשמע דאם היינו אומרים שאפי' שקבל מעות אגב זוזי גמר ומקנה כנדון שלנו ג"כ גמר ומקנה. והא ליתא דהתם כבר נתן משלו קצת מעות פי' מדיליה מה שלא היה מחוייב לו משא"כ בנדון שלו שרוצה לגוזלו כמ"ש הוא ז"ל עכ"ל. ולענ"ד אחר המחילה רבה מהרב הנז' ז"ל לא ידעתי למה דחה חילוק שחילק הרב מ"ש ז"ל באמת הבנין שבידו, נלע"ד חילוק הרב רצוי ומקובל ואין לדחותו ממ"ש הרשב"א והרי זה דומה וכו' שכונתו של הרשב"א ז"ל בדבריו אלו ללמד דעת את העם בא לגלויי שלא בכל מקום אמרו אגב זוזי גמר ומקנה אלא דוקא בזוזי של דמי המכירה בתליוה וזבין דקי"ל דזביניה זביני משום דהכא סהדי דאגב זוזי דמקבל מיד האנס גמר ומקנה משא"כ למי שאנסוהו ליתן שאעפ"י שנתן קצת מהמעות וקבלן המקבל בכך לא שייך למימר אגב זוזי שנתן גמר ומקנה שאין טעם בדבר לומר כן פי' שאילו לא היה טעם בדבר לומר כן אלא דכל היכא דאיכא זוזי בין מכר ובין מתנה היו אומרים אגב זוזי גמר ומקנה וגזירה חכמים היא, א"כ הוא הדין בכ"ד אע"ג דמה דיהיב מדידיה הוא דיהיב ליה הוה אמרינן אגב זוזי גמר ומקנה מגזירת חכמים בלתי טעם, אבל האמת הוא שלא אמרו אגב זוזי גמר ומקנה אלא היכא דאיכא טעמו וממשו כזוזי דמכר בההיא הוא דאמרו אגב זוזי גמר ומקנה משא"כ במי שאנסוהו ליתן דליכא שום טעם לומר כן ודאי דלא אמר דאגב זוזי דיהיב גמר ומקנה א"כ הוא הדין בנדון דהרשב"א דמאי דיהיב ליה הך מדיליה הוא דיהיב שהשיב לו קצת ממעות הגזילה שהיה רוצה לגוזלו ולעשקו ה"נ בהאי מלתא לא אמרו אגב זוזי שקבל קצת ממעותיו שהיו בידו גמר ומקנה לו את השאר כי קצת דמי הגזלה. ודי בזה להרץ ולהדיח דחיית הרב המאסף ז"ל שדחה חילוק הרב מ"ש ז"ל, גם לרבות ראה ראיתי שם שכתב ג' חילוקים בדבר ליישב דברי הרשב"א ז"ל כדי שלא יהיו דבריו סותרים זה את זה, חילוק הא' מס' דנפשיה וכסתייע מדברי מוהר"י מטראני ז"ל שבח"ב סי' ק"א ובחלק ג' קי"ט והחילוק השני ממ"ש מוהרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' תי"ט והחילוק הג' ממ"ש מוהר"י הלוי ז"ל סי' ס"ח וכתב אח"כ וז"ל מעתה לכל אלו החילוקים לא דמו בתשו' הרשב"א אהדדי דהתם בתשו' סי' אלף ס"א איירי במחילה שבאה ע"י טענות שאין להם בירור או שיש עסק שבועה ביניהם כמ"ש מהר"י מטראני ז"ל או שהיו זכיותיו וטענותיו ברורות וגלויות לפניו בשעת המחילה כמ"ש הרשד"ם ז"ל או שלא היה החוב ברור כמ"ש מהר"י הלוי, אבל בתשו' ר' המחבר ז"ל בסי' י"ב מיירי בטענות שיש לו בירור ואין שם עסק שבועה לדעת מהר"ם מטראני ז"ל או כשלא היו הטענות גלויות לפניו בשעת המחילה ואח"כ מצא ראיות כמ"ש הרשד"ם או שהיה החוב ברור כמ"ש מהר"י הלוי ז"ל עכ"ל, ולדעתי הקצרה אחרי המחילה רבה מעצמותיו הקדושים אני אומר דאת"ל דשני החילוקים הראשונים יכולים ליאמר בתשו' הרשב"א שהביא מרן ז"ל בסי' י"ב ולכלכלם בתשו' הנז' עם שאי אפשר לכלכלם כי אם על צד הדוחק מ"מ ע"י הדחק וחומר הענין נכנסים בדברי הרשב"א ז"ל, אמנם החילוק הג' שהוא ממהר"י הלוי ז"ל אי אפשר לפרש ולכלכלו בדברי הרשב"א כלל דהא החילוק שחילק מוהר"י הלוי ז"ל לתשו' הרא"ש ז"ל הוא דדוקא כשהחוב לא היה ברור ונתפשרו או מחילה זו דינה כמכר אבל כשהחוב הוא ברור בשטר ועדים ואין שום הכחשה בזה רק שאומר לו לפרוע לא מקרי וכו' יע"ש בדבריו כמ"ש הוא עצמו ז"ל לעיל סמוך ונראה. ומי שיש לו עינים לראות יראה שאי אפשר לכלכל חילוק זה בדברי הרשב"א ז"ל שהרי בלשון השאלה ששמעון כפר בכל ולא רצה להודות לו בשום פנים ואם היה החוב ברור ועדים מה לו לראובן לעשות חשבון מכפירת שמעון וממיעוט הודאתו, הרי יש בידו שטר ועדים ויתבענו בדין לפני הדיין ויוציא בולעו מפיו, ומי הכריחו לעשות פשרה אחר שיש בידו חרב חדה מונחת על צואר שמעון, וכן יראה הרואה מכל שאר דברי השאלה והתשו' שאינה סובלת חילוק זה הג' שכתב הרב המאסף ז"ל ודבריו בזה צל"ת.

אכן בחילוק שחילק מהרח"ש ז"ל כדי להסכים דברי הרשב"א עם הנהו אשלי רברבי כמש"ל יכולים אנו ליישב דברי הרשב"א ז"ל כי היכי דלא יהיו דבריו סותרים אהדדי דבתשו' שהביא מרן ז"ל בסי' י"ב מיירי שהמלוה ידע בודאי שהוא חייב לו אלא שכופר ורוצה לגוזלו וכו' כמז"ל, ובהך תשו' דאלף וס"א דמשמע דהיכא דאיכא זוזי גמר ומקני מיירי בהפרישות שבין התובע לנתבע לא מצד כפירת האמת אלא שהנתבע סבור שאינו חייב לו מן הדין והנתבע ג"כ לא נתכון לגוזלו אלא דסבור הוא נמי דפטור הוא מה' ונתפשרו ביניהם וקבל קצת מהמעות דבהא אמרינן דאגב זוזי גמר ומקנה כמש"ל דבריו באורך, ובכי האי גוונא מיירי הך תשובה בסי' אלף ס"א, ובכן עלו כל דברי הרשב"א ז"ל שבשתי התשובות בקנה אחד ואין בהם שום סתירה. יצא מהכלל שאם נדון שלפנינו היה כנדון דהרשב"א ז"ל ששמעון ידע בודאי שהוא חייב לראובן אלא שכופר בעיקר ונתכון לגוזלו ודאי דדיינינן ליה כדינא של הרשב"א וראובן יכול לחזור בו מהטעם כעיקר שנתן הרשב"א ז"ל, כמז"ל.

אמנם כד דייקינן שפיר בלשון השאלה המוצגת לפנינו ממ"ש ובאותו הפרק וכו' עד תהיה שרירא וקיימא אף שיהיה הדין עם ראובן נראה להדיא דכ"ד היה בהפרשות שנפלו בין ראובן ושמעון לא היה מצד כפירת האמת אלא מצד הדין שהתובע היה מסתפק אם היה חייב לו מן הדין והנתבע סבור היה שהוא פטור מן הדין, וע"ז נכנסו הפשרנים ביניהם ועשו פשרה וקבל ראובן משמעון קצת מעות וקבל ראובן על עצמו שאפי' אם יהיה ראובן חייב לו מן הדין שנתרצה בפשרה זו ומחל כל התביעות שיש לו לצד דבפשרה כזו כבר מלתא אמורה למעלה שהיא פשרה עומדת עליו מהטעם הנז'. ונוסף גם הוא שביטל בעת הפשרה כל המודעות כמ"ש בשאלה שכתוב וכן ביטל ראובן כל מיני מודעי ומודעי וכו' ע"ש כל המודעות שבעולם ובדלא אנים כדת וכהלכה וכו' וכיון שביטל כל המודעות ע"ש כל הדורות ובדלא אנים ודאי שהפשרה קיימת כדבעינן למימר. דע שעיקר דין זה לכשביטל המודעה שעשה על אותו דבר אי מהניא אי לא שורשו פתוח בית התלמוד בערכין פ' האומר משקלי עלי וז"ל אמר רב ששת האי מאן דמסר מודעה מודעיה מודעי פסי' לא צריכה בעשוי ואי רצו מהו דתימא כיון דאיכלו

בטולי

נהרלא ועשה לו מחילת שמים ונפטר בכך וכו'. והשיב דברים ברורים אני רואה שאין שמעון יוצא ידי שמים בכך שלא כתב לו ראובן אלא מתוך האונס ואף מה שמחל לו מחילת הבריות אילו ימצא עדים או ראיה שהוא חייב לו יותר ממה שהשיב לו מוציאין מידו ונותנין לזה דמחילה באונס היתה והרי זה כמי שאנסוהו ליתן שאעפ"י שקבל קצת מעות לא אמרו בכי האי אגב אונסא דזוזי גמר ומקנה שלא אמרו אלא בזוזי של כל דמי המכירה אבל כאן קצת הגזילה הוא שהשיב ולא דמי הגזילה כולה, הגע עלמך הרי שגזל שדה מחבירו ואנסו שימכור לו מחליתו כמחזיר שיחזיר לו מקלתו הנאמר בזה אגב אונסיה דחלי שדהו שמחזיר לו גמר ומקנה החלי האחר והא נמי דכותה היא, ועוד דאף גבי תליוה וזבין שאמרו אגב זוזי גמר ומקנה דאפי' בנותן דמים כל דהוא קאמר כדעת מקצת הגדולים, כל כי הא מודו דלא גמר ומקנה דלא אמרו אלא בקרקע שאין לו אונאה ונקנה אפי' בפרוטה דומיא דאשה הא במטלטלין שיש להם אונאה לא, ועוד תדע שהנדון שלפנינו פשרה היא ופשרה בטעות אינה פשרה סבור היה שלא ימצא ראיה והרי מצא וכו' עכ"ל.

אמור מעתה אם הנדון שלפנינו היה כנדון של הרשב"א א"כ הדין עם ראובן ויכול ראובן לחזור בו מהפשרה אשר פעל ועשה כי פשרה בטעות היתה כמ"ש הרשב"א אלא שמתשו' זו נר' דס"ל להרשב"א דפשרה דינה כמחילה ומחילה דינה כמתנה כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' סי' תתפ"ג ובסי' אלף וס"א. וקשה בעיני הדבר שיחליק עם הרמב"ם וסמ"ג והרא"ש ורבי' ירוחם ז"ל דס"ל דפשרה דמיא למכר ולא למחילה ולא למתנה. וראה ראיתי למוהרשד"ם חח"מ סי' קי"ט שכתב דאף להרשב"א ז"ל ס"ל דפשרה דמיא למכר ודקדק כן ממ"ש בסיום דבריו: ועוד תדע שהנדון שלפנינו פשרה היא ופשרה בטעות אינה פשרה וכו' ותורף דברי הרב הנז' שדקדק בדברי תשו' הנז' שמתחילה קרא אותו נדון מחילה ואח"כ אמר בסיום דבריו שהנדון הוא פשרה אלא שכונתו בתחילת דבריו הוא מדבר כלפי השואל שאם השואל ירצה לדון דין זה כמחילה ממ"ש מחילת שמים מחילת הבריות אפ"ה מאינהו טעמי קדמה יש לבטל המחילה.

אך האמת במה שהוא אמת שהנדון הלז פשרה היא ולא מחילה ופשרה דמיא למכר ואפ"ה היא בטילה משום דפשרה בטעות היא דון מינה ומינה דהיכא דליכא טעות בפשרה הפשרה קימת זהו תורף דבריו נ"ס יע"ש.

הנה הרואה יראה דפרלא דחוקא דחק ונכנס הרב ז"ל לפרש דברי הרשב"א ז"ל ולהסכימן עם הנהו אשילי רברבי, ובחפשי באמתחות הפוסקים ז"ל מצאתי להרב הגדול מוהרח"ש ז"ל בקונטרים המודעה דף כ"ה ע"ב שחקר יחקק וחלב ליסב תשו' הרשב"א ז"ל הנז"ל כדי להסכים דעתו לדעת הנהו אשילי רברבי באופן דמתישב על הלב וז"ל שם: ומ"מ יר' דאפי' הרשב"א ז"ל לא אמר אלא באותו נדון שהמלוה ידע בודאי שהוא חייב לו מנה אלא שכיפר ורולה לגוזלו ובכי הא הוא דשייכי להנהו טעמי שכתב הרב ז"ל או משום דלא אמרינן אגב רונסא דזוזי גמר ומקנה אלא כשקבל דמי המכירה דהו"ל כאלו לקח בזול, אבל הכא הדמים שקבל הוא שהיה חייב לו והשאר שמחל לו הוא כשאר מתנות ומחילות באונס מטעמא דלא יהיב ליה כל שיווין ובמכר כל דלא יהיב כל שיווין מתנה חשיב, אבל בהפרישות שיש בין תובע לנתבע לא מלד כפירת האמת אלא בענין הדין שהתובע עלמו לא ידע אם חייב לו מן הדין והנתבע נמי לא חשב לגוזלו אלא שסבור הוא שהוא פטור מה' ומפשרין ביניהם ומחל לי כל התביעות שיש עליו וקבל מקלת הדמים אפי' שאנסוהו על כך כפי הא אמרינן אגב זוזי גמר ומקנה ולא אמרינן בכי הא שקבל הדמים שחייב לו והשאר הוא כשאר מחילה דהא אפשר שאינו חייב לו כלום ולכן אמרו בודאי מחיל ליה בשכר הדמים שקבל ואפי' ידע אח"כ התובע שהוא חייב לו מה, מ"מ בעת המחילה אדעתא דהכי מחיל ליה וכו' משום דהוה אפשר ג"כ שלא היה חייב לו כלים והרויח המעות שקבל, וגם הטעם השני שלא קיבל השיווי הא לא אמרינן הכי אלא באותו נדון שידע התובע שהיה חייב לו מנה והלה רולה לגזול דלא יהיב ליה אלא חמשים אבל כשהתובע בעלמו לא ידע אם מה' חייב לו ומפשרים ביניהם ומקבל מקלת הדמים בכי הא אמרינן דלא קבל שיוויו דהא אפשר דאינו חייב לו כלום ולכן נוח לו לקבל מקלת ולמחול לו כל שאר התביעות ושיוויו הוא עכ"ל ז"ל, ואח"כ כתב וז"ל ומ"מ שאר הפוסקים שכתבנו לעיל שסתמו דבריהם וכתבו דפשרה דמיא למכר משמע דבכל גוונא מיירי ואפי' כשידע התובע שחייב לו מנה וכו' וחולקין על הרשב"א בזה וכו'. ולע"ד נראה שדעת מרן ז"ל בב"י סי' ר"ה דף רפ"ו ע"ב נוטין דבריו לחילוק זה שכתב מוהרח"ש ז"ל במ"ש וז"ל ופשרה דמיא למכר לפי שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו בדין ולכן הוא מתפיים ליטול קצת בפשרה וכן הנתבע ירא שמא יחייבנו לשלם כל מה שתובע ממנו ולכן מתפיים לשלם מקצתו והיינו מכר ממש שהוא מוכר לחבירו כל זכות שיש לו בתביעה זו בסך שנתפשרו ביניהם והלכך וכו'.

והמדקדק היטב בדברי מרן הקדוש ז"ל יראה שכלל בדבריו דברי מוהרח"ש ז"ל במ"ש שהתובע ירא שמא יפסיד כל תביעתו בדין וכן הנתבע ירא שמא יחייבנו לשלם הכל וכו' שר"ל הפשרה כזו שאין בו כפירת האמת אלא בענין הדין בלבד שהתובע מסתפק אם ע"י תביעותיו יזכה בדין או לא, הנתבע מסתפק גם בזה. בנדון פשרה כזו הוא דאמרינן דפשרה כמכר דמיא דאגב זוזי גמר ומקנה משום דאז שהדי שניהם גם יחד מתרלין בפשרה ובודאי מוחלין זה לזה מהטעם שכתב מהרח"ש ז"ל כנז"ל, משא"כ בפשרה דנדון הרשב"א ז"ל שהתובע יודע בודאי שהוא חייב לו אלא שהלה כופר בעיקר ורולה לגוזלו דהוי פשרה בטעות כמש"ל משם מהרח"ש ז"ל, והשתא כיון דמרן ז"ל קאי על דברי הרמב"ם ז"ל שפסק פ"ב מה' מכירה דפשרה הרי היא כמכר ופי' מרן אופן הפשרה שבדברי הר"מ ז"ל שהיא באופן זה ש"מ דס"ל למרן שגם לס' שאר הפוסקים שכתבו פשרה סתם לא איירו אלא באופן פשרה כזו דוקא למעוטי אופן הפשרה דבנדון דהרשב"א ז"ל, ובכן מ"ש מהרח"ש ז"ל שאר הפוסקים שסתמו את דבריהם ואמרו דפשרה דינה כמכר דמשמע דבכל גוונא מיירו וכו', לדעתי אינו מוכרח לומר כן מדסתמו את דבריהם דבכל גוונא מיירו דהרי מלינו להרמב"ם ז"ל דסתמא קאמר ולדעת מרן ז"ל לאו בכל גוונא קאמר ה"נ יש לפרש דברי שאר הפוסקים אף דסתמא קאמרו, וכיון שכן יש כח בידינו לומר דלא פליגי שאר הפוסקים עם הרשב"א אלא בכל מקום שאמרו הפוסקים פשרה דינה כמכר, בהך פשרה הוא דאמרו ולא בפשרה אחריתי כנדון דהרשב"א ולא נמלא חולק בהדיא בזה כי אם הרא"ש ז"ל בתשו' כאשר כתב מוהרח"ש ז"ל שם יע"ש, ובתשו' מוהרח"ש ז"ל סי' כ' הסכים שם שגם הרא"ש ס"ל דפשרה דינה כמכר כס' הנהו אשילי רברבי. ואפשר לומר עליו ג"כ דבפשרה כי האי גוונא הוא דס"ל דפשרה דינה כמכר ולא בפשרה דנדון דהרשב"א ז"ל כמ"ש למעלה, ואח"כ חזר ושנה ופי' מ"ש כאן שכל הפוסקים שסתמו דבריהם משמע דבכל גוונא מיירו והוכיח כן מדברי הרא"ש יע"ש, ולדעתי מתשו' הרא"ש אין להכריח לומר כן על שאר הפוסקים דכל הפוסקים שוים חוץ מהרא"ש, ובחילוק זה שחילק מהרח"ש ז"ל אתי שפיר דלא פליג הרשב"א ז"ל דידיה אדידיה דאילו מתשו' זו הנז"ל נראה

דפשרה

ודאי כיון דהוי שטר כתובה קיימת. והא מילתא יליבא וקבוע מאחר דאיכא שטר, אבל לעולם. דבעלמא היכא דליכא שטרא ושניהם טוענין שמא יסבור הרי"ף דפטור מלשלם. ודלא כמוהריב"ל ודעימיה, באופן דלע"ד איני רואה שום הוכחה מכאן להוכיח בדעת הרי"ף דיסבור כמוהריב"ל ודעימיה, די"ל דע"כ לא אמרה' הרי"ף למלתיה. אלא דוקא בדאיכא שטרא וכדכתיבנא, ודבר זה למדתיו מדברי מוהרשד"ם בח"מ סי' מ' על מ"ש מוהר"ם אלטאלון דכל ששניהם טוענין שמא דמוקמינן ממונא אחזקתיה ופטור הלוה אפי' בבא לצאת ידי שמים, ועל דבר זה הוקשה לו למוהרשד"ם ז"ל סי' הנז' דף ל"א סוף ע"ד ממ"ש הטח"מ סי' ג"ע מלוה שהוליא שט"ח מקויים וכו' כנז"ל דמשמע דוקא שטוען הלוה. ברי שהוא פרוע הא אי טוען שמא ושמא לכ"ע חייב הלוה וזה הפך דברי הר"ם אלטאלון, ומכח זה כתב הרשד"ם דף ל"ב ע"א וז"ל ואומר כי לבי דאפשר דעד כאן לא פליגי הני רבוותא אלא כשהחוב בשטר דמוקמינן שטר בחזקתו או לפחות אינו גובה בו ולא קרעינן ליה משום דקא טען הלוה ודאי ובעל השטר הוי קרוב לודאי כיון שהשטר קיים ומשום הכי אי הוה לוה טעין שמא הוה חייב אבל בכ"ד דליכא שטר והחוב על פה אמרינן שהדין הוא כמ"ש הרב דפטור הלוה עכ"ל לעניננו יע"ש באורך, הרי לך דכל שהחוב בשטר אף דשניהם טוענין שמא ס"ל דחייב הלוה לשלם, ולדעתי יש לו רב להשען עליו בסברה זו דמוהרשד"ם הוא הרי"ף ז"ל וכדהוכחנו לעיל בכונת הרי"ף ז"ל ודלא כמ"ש הפ"מ בדעת הרי"ף דס"ל כמוהריב"ל ודעימיה דליתא אלא דברי הרי"ף הם בדאיכא שטר כתובה וכדכתי' לעיל, ולענין דינא הגם דמהרשד"ם בלשון אפשר אמרה למלתיה ולא לפסקא דדינא, מ"מ חזי הוית למוהרשד"ם דעשאם עקר לפסק הלכה ולמעשה וזה דמוהרשד"ם בח"מ סי' תכ"ג כתב בכ"ד דאפי' דשניהם טוענין שמא דחייב לשלם ונסתייע מדברי הרשב"א כאשר יר' הרואה לשם שפסק דמאחר דהוי ברי בחיובא אף ששניהם טוענים שמא חייב לשלם יע"ש, ולכאורה יקשה דבסי' מ' העלה דבשניהם טוענים שמא פטור מדיני אדם וחייב בבא לצאת ידי שמים. ופליג אדברי מוהר"ם אלטאלון בחדא ומודה ליה בחדא דלענין חיוב בדיני אדם אזיל ומודה למוהר"ם אלטאלון דפטור אבל בדיני שמים פליג עליה וס"ל דחייב יע"ש, וא"כ היאך בסי' תכ"ג העלה למעשה דאפי' בשניהם טוענים שמא דחייב אפי' בדיני אדם שנר' כסותר עלמו למ"ש בסי' מ', אלא ודאי עכ"ל דשאני בנדון תכ"ג דהחיוב היה בשטר כאשר יראה הרואה בנדון ההוא הלכך העלה דחייב אפי' בשניהם טוענין שמא, ומה שכתב בסי' מ' דבשניהם טוענין שמא פטור מדיני אדם וחייב בבא לצאת ידי שמים היינו בדליכא שטרא ובזה עלו ובאו תרי פסקי מוהרשד"ם על נכון ונמלא לפ"ז דמ"ש בסי' מ' בלשון אפשר לחלק בין היכא דאיכא שטר למלוה על פה, בסי' תכ"ג כן ס"ל להלכה ולמעשה וה' עמו שהלכה כמותו שגם הרי"ף ס"ל כן וכמו שהארכנו .

ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת חזר הדין בנ"ד דהשטר קיים דהן לא יהא דשניהם טוענים שמא חייב הלוה בתשלומין דהו"ל ברי בחיובא מאחר דהשטר בחזקתו וספק בחזרה וכל כיולא בנדון דידן מיחייב ראובן לשלם חובו לשמעון .

באופן שאם באנו לדין בנדון דידן חיובא עליה דראובן רמיא לשלם חובו לשמעון מכמה פנים הנראים ושמעון זכה בכל הסך שנטל מהגוי דמשמיא מיהב יהבי ומתנה קרייה רחמנא כן נראה לי להלכה ולמעשה. אלא דעם כל זה טוב לפשר ביניהם ויחלוקו משום ועשית הטוב והישר. זהו מה שעלתה מלודתי בנדון זה.

ונור ישראל ילילני משגיאה ויזכני ללמוד וללמד בתורת' התמימה ולכל בהן חיי רוחי, כה דברי מעתיר לאל נור מבטן גיחי, זעירא דמן חברייא אים לעיר

ישראל מאיר מזרחי ס"ט .

סימן ג'.

דיני פשרה .

שאלה ראובן שהיה לו דין ודברים עם שמעון ונתפשרו ביניהם עפ"י אנשים שנכנסו ביניהם, ונתן שמעון לראובן סך מה ונגמר הדבר ביניהם בשבועה חמורה כתורה ע"ד הב"ה וכו' וע"ד שמעון ונתן ראובן לשמעון שטר פיטור ומחילה כתו' וכהלכה חתום בעדים כשרים ונאמנים ובשבועה חמורה וכו' כני', ובאותו הפרק שנשבע ראובן נתברר הדבר ביניהם ולפני העדים שלעולם הפשרה שעשו ביניהם ראובן ושמעון תהיה שרירא וקיימא אף שיהיה הדין עם ראובן, וכן ביטל ראובן כל מיני מודעי ומודעי דמודעי ומודעי דנפקי מגו מודעי דמודעי ע"ם כל המודעות שבעולם ובדלא אנים כדין וכהלכה. וכאשר כל זה מפורש בשטר הפיטור ומחילה היולא מתחת יד שמעון, והן היום חזר ראובן ותובע לשמעון שיעמדו למשפט יען הפשרה שעשו ביניהם היה באונס ויש לו שטר אנסות על זה והיום יעמדו למשפט וכתורה יעשה, ושמעון טוען שאין לו לראובן דין ודברים אלו מעתה מאחר שכבר נתברר ביניהם בשעה שנשבע ראובן שהכל היה בלתי שום זכר אונס, ומה גם שכבר ביטל כל מיני מודעי ואף שהיה לו שטר אנסות יהיה בטל כחרס הנשבר וכו' אשר על כן יורנו מורנו המורה לנדקה אם יוכל ראובן לחזור בו ממה שעשה או לא ויבא שכמ"ה .

תשובה אנכי הרואה דברי השאלה כדברי ספר החתום וכנראה שהיה עמום בלשונו שלא פירש באיזה ענין היה לו לראובן דין ודברים עם שמעון עד שהולרך הדבר לפרש שהרי גלוי הוא לעיני כל חכמי לב בדיני המודעה דבזיני לריך שני תנאים שימסור מודעה שידעו העדים ויכירו באונסו, אבל אם לא מסר מודעה או אם אפי' מסר מודעה לפני העדים ואמר שהיה אנוס בדבר והעדים לא הכירו באנסו כי אם על פיו, זבינה זביני דאגב זוזי גמר ומקנה .

ובמתנה אם מסר מודעה אפי' שהעדים אינם מכירים באונסו אלא על פיו ולא עוד אלא אפי' פירש האונס שהיה לו באותו דבר לעדים ואח"כ נמלא שקרן בדבריו שלא היה אונס באותו דבר אפ"ה המתנה היא בטלה דבגילוי דעת כל שהוא סגי לדעת, קלת מהפוסקים ז"ל, וכן נמי אי איכא אונסא אע"ג דלא מסר מודעה המתנה היא בטילה ודין המחילה כדין המתנה שוה בשוה כאשר כל זה מבואר מסו' הש"ס דפ' חזקת הבתים דף מ' ובפוסקים ז"ל כולם עונים כאחד ומסכימים לדעה אחת כמש"ל, לא נחלקו בעיסתם כי אם בפשרה כמ"ש להלן בס"ד, אך לבי אומר לי שהנדון שלפנינו הוא הדין ודברים שהיה לו לראובן עם שמעון הוא בעסק חוב מלוה שהיה לראובן עם שמעון ושמעון היה כופר בכל ולפי שעה לא מלא ראיה ועדים להוליא כל ממונו מיד שמעון ולכן נתרלה בפשר דבר. ואם הדבר כן הוא לכאורה היה נר' שהדין עם ראובן, והוא ממ"ש הרשב"א ז"ל והביא דבריו מרן ז"ל בב"י ח"מ סי' י"ב וז"ל שמעון שהיה חייב לראובן ושמעון כפר בכל ובשום פנים לא רלה להודות בשום דבר אבל אמר לו עשה לי מחילת שמים ומחילת הבריות ואתן לך חמשים זוז, וראובן כדי שלא יאבד הכל

בנ"ד דכ"ע יודו דאפי' בשניהם טוענין שמא חייב ראובן לשלם בדיני אדם ותיובתא עליה רמיא וכאשר אבאר בס"ד.

הן קדם עיני ראו בתורת משה ספרא רבא היתד הגדול כמהר"מ בנבנשתי ז"ל ח"ג סי' ל"ד בתשובה ארוכה מני ים ברוחב מבינתו בפרט שניהם טוענין שמא האריך הרחיב וסדר את המערכה לקראת מערכה דמוהר"ם מאטאלון ומוהרשד"ם ומוהרש"ל קיימי בשיטה חדא לפטור הלוה, ומוהריב"ל ומוהרש"ך ומוהר"א ששון וגלוה אליהם כת הראשונים הרי"ף ורבינו ברוך והרשב"א דקיימי בשיטתן לחייב הלוה הטוען שמא, ואפי' שהתובע תובע בשמא, והעלה הרב הואיל ובמחלוקת היא שנויא הדרינן לכללין המע"ה, אמור מעתה בנ"ד דמאחר דשמעון הוא תפוס במעות הגוי שנטלן והנם בידו, ראובן החייב נקרא מוציא שרוצה לזכות במעות ההם ועלין הראיה וכדמוכח מהסוגיא דראש פ' הבית והעליה דף קי"ז דפריך הש"ס וליחזי ברשות דמאן יתבן וליהוי אידך המע"ה יע"ש. אלמא דהמוחזק בהם הוה ליה אידך מוציא ועליו הראיה. וכמו כן לנ"ד דשמעון תפוס בהם הו"ל ראובן מוציא ועליו הראיה ואפי' שנאמר דאדרבא שמעון נק' מוציא במה שתובע חובו מראובן ועליו הראיה מ"מ יש לי לנדון בנ"ד דזכה שמעון במה שבידו הואיל וברי ראובן בחיובו אף דשניהם טוענים שמא זכה שמעון במה שבידו וחייב ראובן לשלם לו את חוב שמעון כאשר אבאר בס"ד.

תחילה דיבר בזאת התורה אשר שם משה ספרא רבא דאוריתא הוא הרב פ"מ בח"ג סי' ל"ד להוכיח מדברי הרי"ף דס"ל כס' מוהריב"ל ודעימיה דאפי' שניהם טוענים שמא דיינינן להו כדין ברי בחיובא וספק בחזרה ומחייב הלוה לשלם, ויליף לה ממ"ש הרי"ף בפ' יש נוחלין אמאי דבעי הש"ס ואסיק בתיקו. וכתב הרי"ף עלה הלכך מוקמינן כתובה אחזקתה ועל הבעל להביא ראיה שמחלה, ומדברי הרי"ף הללו מוכיח מתוכו דס"ל כדעת מוהריב"ל ודעימיה כאשר יר' הרואה בתשו' הנז' דף כ"ח, ורים מילין הוינא בה דהלא הלכה רווחת פסקה הרי"ף בפ' הגוזל בתרא כרב נחמן ור"י דאמרי מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור דהלכתא כרב נחמן בדיני וביאר בהלכות שם דהלה אומר איני יודע מיירי באומר איני יודע אם הלויתני דבעקר הלואה טען איני יודע הלכך פטור דגם דהלה טוענו ברי כיון דהנתבע מספקא ליה בעקר הלואה לאו ברי בחיובא הוי ופטור, ברם באומר איני יודע אם פרעתני חייב הואיל וברי ליה שלוה ואסתפק ליה אם החזיר או לאו חייב כמבואר כל זה בהלכות שם פ' הגוזל בתרא אמתני' דהאומר לחבירו גזלתיך והלויתני וכו' יע"ש, והוינא בה מההיא דפ' השואל אמאי דתנן התם השואל את הפרה שאלה חצי היום וכו' עד והלה אומר איני יודע חייב, ופרכי' עלה שמעת מינה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב, ומהדרינן כדאמר רב נחמן כשיש עסק שבועה וכו' יע"ש, ופסקה הרי"ף שם יע"ש, ואם כדברי הרי"ף שפי' דמאי דפטר רב נחמן בהלה או' איני יודע דמיירי באומר איני יודע אם הלויתני א"כ מאי פריך בהשואל ואמאי הוצרך לאוקומיה בשיש עסק שבועה, הלא ההיא דהשואל כיון שמודה ששאלה אלא שאינו יודע באיזה זמן מתה הו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם החזרתי דבהא גם רב נחמן מודה דחייב ולא פטר אלא באומר איני יודע אם הלויתני, וא"כ אין הנושאין שוין ומאי פירכא, אלא ודאי מדמהדר הש"ס לאוקומיה בשיש עסק שבועה שמעינן מיניה דס"ל להש"ס דמאי דפטר רב נחמן באומר איני יודע היינו נמי באומר איני יודע אם החזרתי, וא"כ קשו תרי פסקי הרי"ף אהדדי דבפ' הגוזל פסק דבאומר איני יודע אם החזרתי מיחייב, ואילו הכא מדאוקמינן לה בשיש עסק שבועה ש"מ דאפי' באומר איני יודע אם החזרתי פטר רב נחמן.

ותבט עיני בשורי במ"ש התו' שם בפ' השואל דף צ"ז ד"ה והלה אומר איני יודע אם החזרתי וכו' שנרגשו מזה ומפרקי לה דהכא נמי הו"ל כאומר איני יודע אם הלויתני יע"ש. וגם הנמק"י תירץ כן יע"ש. ובהכי אפרק לן תמיהתן מעל הרי"ף ז"ל ועלו ובאו דבריו מיושבין על אדני פז ודוק. ולמודעי אני צריך מאשר עיני ראו בס' משנה למלך פ"ד מה' שאלה הלכה א' עמד וימודד הר"ש על מה שתמה מוהרש"ך בח"ג סי' פ"ז אפסק התרומת הדשן בדין התרנגולת שברחה שחייבו מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם ותמה מוהרש"ך דהי"ל לחייבו מטעם דהו"ל כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דלכ"ע חייב והניחו בתימה. ועל תמיהה זו הרב המו' כמוהר"י רוזאניס שם הרבה להשיב באורך וסיפא דמלתא תמה על מוהרש"ך מהך סוגיא דהשואל הנז"ל דאם כדברי מוהרש"ך דכל נפקד הו"ל כאומר איני יודע אם החזרתי א"כ מאי מתמה הש"ס שמעת מינה וכו' נימא היכי תיובתא דרב נחמן וכו' ומוקי לה בשיש עסק שבועה, ואי כמוהרש"ך הו"ל לשנויי דרב נחמן לא פטר אלא באומר איני יודע אם הלויתני משא"כ הכא כיון שזה אינו יודע אם ביום שאולה או שכורה מתה הו"ל כאומר איני יודע אם החזרתי דחייב אלו תורף דברי הרב ז"ל יע"ש, ואני בעוניי אחר המחילה רבה מעלמותיו הקדושים לא זכיתי להבין אמרי קדוש בתמיהה זו שהרי כתבו התו' והנמק"י דגם בההיא דהשואל הו"ל כאיני יודע אם השאלתני ולהכי פריך שפיר כאשר זכרנו לעיל, ומתוך כך הרואה יראה תמיהת כמוהר"י רוזאניס אמוהרש"ך אזדא לה כמגדל הפורח באויר ולא זכר שר בעת ההיא ממ"ש התו' והנמק"י והדבר מוכרע מעלמו לומר כן בשיטת השמועה דלא תיקשי הלכתא אהלכתא כמוזכר בדבריהם.

הדרן למאי דאתינא עלה למה שרצה להוכיח הפ"מ מתוך דברי הרי"ף דפ' יש נוחלין שכתב דמוקמינן כתובה אחזקתה להוכיח מתוכו דס"ל דאפי' בשניהם טוענין שמא דהו"ל ברי בחיובא וספק בחזרה ומיחייב הלוה לשלם כדעת מוהריב"ל ודעימיה כנז"ל, הנה הוא עבדא דשגידנא קמיה ומקמי דיקר אורייתיה אחר המחילה רבה אין מדברי הרי"ף הללו הוכחה לזה דלי הדיוט נ"ל דשעה היא שרן הרי"ף דמוקמינן כתובה אחזקתה אפי' דהוו שמא ושמא התם שאני דאיכא שטר כתובה קיים הילכך אפי' דהוי שמא ושמא מחייבינן ליה לבעל ודייקי' לה ממ"ש הטח"מ סי' כ"ט מלוה שהוציא שט"ח מקויים וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע צריך להחזיר לו שטרו והיא ס' בעל התרומות בשער כ"ג כמבואר שם בבית יוסף ומתוך הדברים הללו נר' להוכיח דדוקא התם דלוה טוען ברי הוא דאתרע שטרא ולא מגבינן ביה. משמע הא אי גם הלוה טוען ג"כ שמא דהוו תרויהו שמא ושמא לא מרעינן ליה לשטרא וגבי' ביה, ומוכרח הדבר מעלמו לומר כן משום דאם איתא דאפי' בשניהם טוענים שמא איתרע שטרא ולא גבינן ביה, אמאי נקט למלתיה במלוה טוען שמא ולוה טוען ברי לשמועינן רבותא דאפי' בשניהם טוענין שמא איתרע שטרא ומינה הוה שמעינן דמכ"ש אי לוה טוען ברי דמתרע שטרא ולא גבינן ביה, ומדלא נקט למלתיה אלא דוקא בלוה טוען ברי דצריך להחזיר לו השטר שמעינן מינה דבדוקא הוא לומר דוקא בכה"ג דלוה טוען ברי פרוע הוא הוא דאתרע שטרא, אבל בשניהם טוענין שמא לא מרעינן ליה לשטרא ומוקמינן שטרא אחזקתיה ומגבינן ביה דהו"ל ברי בחיובא וספק בחזרה ומחייב הלוה לשלם וזה ברור, אמור מעתה הוא הדין והוא הטעם לפסק הרי"ף שפסק דמוקמינן כתובה אחזקתה אף דשניהם טוענים שמא דלא אתי ספק ומוציא מידי

ודאי

דגזלה דין יו"ד והטח"מ ה' גזילה יע"ש. ומכאן כ"ל ראיה מוכחת לדינו של מוהרשד"ם טח"מ סי' מ' דמוהר"ם מאטאלון הורה באו' מנה לי בידך ואיני יודע אם פרעתני והלה אומר איני יודע אם פרעתיך דכיון דשניהם מסופקים בפרעון פטור אף מדיני שמים. ומוהרשד"ם ז"ל מודה למוהר"ם בהא דפטור מדיני אדם ופליג עליה בהא וס"ל לחייבו בדיני שמים כאשר יראה הרואה שם דף ל"ב, וחזי הוית להרב פני משה ח"ג נעשה סניף לסברת מוהרשד"ם לחייבו בדיני שמים ועשה לו סמוכות כאשר יראה הרואה שם סי' ל"ד באורך.

ולדידי חזי לי מכאן ראיה דאפי' ששניהם טוענים שמא לחייבו בדיני שמים מהך מסקנא דפ' המפקיד הנז' ומק"ו נפקא לחייב כדעת מוהרשד"ם, דהשתא ומה התם דבעקר הגזילה שהוא החיוב שניהם טוענין שמא דהגזלן טוען איני יודע ממי והנגזלין נ"כ טוענין שמא דזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע דנמצא דבעיקר החיוב שניהם טוענים שמא ואפ"ה אמרינן דחייב לשלם בבא לצאת ידי שמים, כ"ש בנדון מוהרשד"ם דשניהם הם ברי בחיובא דהרי זה אומר איני יודע אם פרעתיך והלה טוען איני יודע אם פרעתני והרי בעקר ההלואה הוי ברי וספק בחזרה דפשיטא דמחייבי לשלם בבא לצאת ידי שמים וק"ו הדברים מהכא להתם כאמור כן היה נר' לי להביא מכאן ראיה לדברי מוהרשד"ם ז"ל.

אכן ידעתי נאמנה דיש לדוחה לדחות דלא איריא מהך סוגייא כלל די"ל דשאני הכא דמחייבי' בבא לצאת י"ש היינו משום דלא תבעי ליה אלא הוא מעצמו בא לימלך איך יעשה ליפטר מדיני שמים הלכך אף דהוי שמא ושמא, אומרים לו שאם רוצה ליפטר מדיני שמים ישלם וכמו שפי' רש"י בפ' המפקיד דל"ז ע"א יע"ש, אבל בדתבעי ליה כנדון מוהרשד"ם והוא אינו רוצה לצאת י"ש הא ראיה שהוא מעצמו לא בא לימלך אלא הלה תובעו מנה לי בידך ואיני יודע אם פרעתני והוא משיב שמא איני יודע אם פרעתיך הואיל וע"י תביעה הוא אית לן למימר דאפילו בדיני שמים אין לנו לחייבו וא"כ אין מכאן ראיה חותכת לדון כדברי מוהרשד"ם דיש לדחות כדכתי'.

ברם אכתי כ"ל להביא ראיה לדין מוהרשד"ם שחייב בבא לצאת י"ש מפי' רש"י ז"ל שפי' בפ' הגוזל בתרא דף קי"ח ע"א בההיא דאמרינן אתמר נמי אמר ר' חייא בר אבא וכו' האומר לחבירו וכו' חייב בבא לצאת ידי שמים ופי' רש"י ז"ל איתמר נמי דהיכא דבא לצאת י"ש אפי' מאן דפטר ליה מדיני אדם מודה דחייב היכא דאיכא קצת טענת ברי הלכך וכו' יע"ש; ודברי רש"י הללו שכתב קצת טענת ברי לכאורה סתומים וצריכים ביאור, דקשה דהא בההיא דאו' לחבירו מנה לי בידך הרואה יר' דטענת ברי ממש היא שטוענו ברי שחייב לו מנה אלא שהלה משיבו איני יודע אבל התובע טוענו ברי וא"כ מהו זה שפי' רש"י דאיכא קצת טענת ברי, כי ע"כ כ"ל דרש"י ז"ל ס"ל דההיא דמנה לי בידך וכו' דאיפליגו בה רב הונא ורב נחמן מיירי בטוענו מנה לי בידך ואיני יודע אם פרעתני והלה משיב איני יודע אם פרעתיך או איני יודע אם הלויתני או הפקדת אצלי דנמצא דהתובע טוענו קצת טענת ברי דהא אינו טוענו בודאי שחייב לו המנה עד היום רק טוענו שהיה חייב לו אבל אינו יודע אם פרעו ולהכי חשיב קצת טענת ברי ולכן פטרו רב נחמן ור"י מדיני אדם ומחייבי בדיני שמים, ורב הונא חשיב ליה טענת ברי הואיל ואכתי טוענו בברי שהיה חייב לו אף דאומר איני יודע אם פרעתני חשיב ליה טענת ברי בעקר ההלואה שטוענו בברי ככ"ל ביאור דברי רש"י ז"ל במ"ש קצת טענת ברי, ולפי דרכינו למדנו ראיה מדברי רש"י הללו לדינו של מוהרשד"ם שדן דבשניהם מסופקים בפירעון וטוענין שמא דחייבין בבא לצאת י"ש דיש לו אילן להסמך עליו הוא רש"י ז"ל שפי' כן וכדכתי'.

היוצא מן המחובר דכל דבר שהוא ברי בחיובא וספק בחזרה כגון באומר סלע הלויתיך והלה אומר איני יודע אם החזרתי שחייב הלוה לפרוע וכמ"ש בס"ה סי' ע"ה יע"ש, וכיון שכן יש לדון בנ"ד דכיון דראובן הוא ברי בחיובא שחייב לשמעון הסך ההוא ככתוב בשט"ח והספק נפל בפרעון אם מה שנתקבלו המעות ביד שמעון פרעון מקרי דלחשבון ראובן נתקבלו או דילמא דלאו פרעון מיקרו וברשות שמעון קיימי וכיון שכן הדר דינא כדין כל ברי בחיוב וספק בחזרה דחייב הלוה לפרוע חובו וחייב ראובן לפרוע לשמעון. ואפי' לפי טעמו של דבר שכתב מוהראנ"ח ז"ל בח"ב מתשו' סי' א' שטעם הדבר דספק בחזרה חייב הוא מטעם דהוי שמא גרוע דעליה דידיה דלוה רמי לאהדורי לדעת אי פרע או החזיר או לא הלכך חייב אבל כשהשמא אינו גרוע דלא תליא עליה דלוה לברר הדבר כגון אם נפל ספק בענין הדין אם הפרעון מיקרי פרעון או לא אז הלוה מלי פטר נפשיה בקים לי דמקרי פרעון אע"ג דהאי קים לי מידי ספקא לא נפקא מ"מ לאו שמא גרוע הוא ואף שהוא ספק בחזרה מלי ליה פטר נפשיה אלו תורף דברי מוהראנ"ח ז"ל שם יע"ש. ולפ"ז גם בנ"ד דהספק נפל בענין הדין דלפי טעם הא' שכתב מוהרשד"ם בסי' כ"ו כנז"ל נמצא דזוכה שמעון במה שבידו ולא חשיב פרעון. ולטעמו השני הרי זכה ראובן וחשיב פרעון ונמצא דהספק נפל בענין הדין אם הפרעון מיקרי פרעון או לא, וא"כ מלי ראובן למפטר נפשיה בקים לי דהוי פרעון, מ"מ גם בנ"ד יש לחייב לראובן שהרי עליה דידיה דראובן היה מוטל בשעה שכתב לו שיקח הסך בפוליסה שיקחם מפלוני וליחד לו אדם מיוחד שיטול הימנו הסך ההוא כיון שרוצה להפקיע עצמו מחיובו אבל מאחר שלא בירר ולא ייחד לו איש מיוחד שיטול ממנו הסך בפוליסה רק כתב לו שהם אם ימצא מי שיתן לו הסך ההוא שיטלם ויכתוב לו פוליסה א"כ עליה דידיה דראובן רמי לאהדורי לדיעה אם פרע או החזיר וכיון שכן מה שטוען שכבר נפרע מהגוי הוי שמא דהרי בעת שנטל שמעון מהגוי לא ידע ראובן בודאי שכבר נפרע שמעון את חובו ממה שלא ייחד לו איש מיוחד וכיון שכן הוי שמא גרוע וחזר הדין דהו"ל ברי בחיובא וספק בחזרה וחייב ראובן לשלם.

ולא עוד אלא דאפי' אם נאמר דבנ"ד שניהם טוענין שמא דראובן טוען איני יודע אם פרעתיך ושמעון טוען איני יודע אם פרעתני, שהרי אינו יכול לטעון ראובן שמעת שנטלן מהגוי בודאי בתורת פרעון באו לידו שהרי לא כתב לו שיקרע השט"ח מעליו בעת ההיא וגם לא ייחד לו אדם מיוחד שיטול ממנו הסך ההוא, דכל זה מורה דספוקי מספקא ליה לראובן דילמא לא יהיה לו במה לפרע לגוי בעת בוא הפוליסה כי מטה ידו או יצטרך אותם המעות להתעסק בהם וישאר חובו עליו כבראשונה ויחזור הגוי ויטלם משמעון, וא"כ לא מלי טעין ברי בודאי פרעתיך אלא הו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך, וגם שמעון לא מלי טעין ודאי לא פרעתני שהרי השלים את השטר בעת שנטל הסך ההוא מהגוי בחשבו כי יפרעם ראובן, וגם כתב להגוי פוליסה שיתפרע מראובן. וכי תימא א"כ למה לא קרע השט"ח מיד, הוא כי חשש שמא ימות ראובן או מטה ידו ואין ידו משגת בעת שילך הגוי לתובעו ולכן השלים השטר ונמצאו הנך זוזי פקדון ניכהו גביה מהגוי עד עת בוא תשו' ראובן שפרען להגוי וכיון שכן באנו למחלוקת דלדעת מהר"ם מאטאלון הנז"ל בשניהם טוענים שמא פטור הלוה אף מדיני שמים ולדעת מוהרשד"ם הנז' חייב בבא לצאת י"ש אבל מדיני אדם פטיר. על כל אלא ון אנכי

בנ"ד

בש"ס קידש קתני וכו' ע"ש יבהכי סלקא שמעתתא התם ע"כ יע"ש. הרחנו לנוגע דטעמא דר"ע הוי משום קנס ואת מקורה הער"ה ההיא דפ' האשה שלום דסלקא שמעתתא בהכי, ובזה עלו ובאו דברי הר"מ על נכון שדעהו ז"ל כדעת הרי"ף ז"ל וזה ברור.

אך אמנם אכתי ק"ל על דברי הרי"ף ז"ל שהורה לנו דטעמא דר"ע הוי משום קנס מהסוגייא דפ' האשה שלום, וק"ל בגווה דא"כ כי פריך בפ' המפקיד ממתני' דתנן ר"ע או' לא זו הדרך וכו' ורמינהי נפל הבית עליו ועל אמו וכו' מה צורך לתרץ דטעמא דגזל הוי משום ברי ושמא הו"ל לתרץ שאני גזל דקנסא הוא דקנסוה לגזלן כדמסיק פ' האשה שלום. אלא ודאי מדלא משני הכי ש"מ דלאו משום קנס הוא אלא מדינא חייב לשלם משום דהוי ברי ושמא וא"כ נמצאו דהני תרי סוגיי פלגן בהדייהו, ובכן ראוי לתור ולדעת מה ראו הפוסקים לפסוק כמסקנת הסוגייא דפ' האשה שלום, ודחו הך סוגיא דפרק המפקיד מאי הולמיה דהך סוגיא מהאי סוגיא, והרציתי דברי אלה לפני ידיד נפש בר אוריין ובר אבהן הה' הש' כמהר' יצחק אבואלעפייא יצ"ו ההוא אמר דלא פליגי דהא"כ דהכא בהך סוגיא דהמפקיד הוה מצי הש"ס לשנויי הכי שאני גזלה דקנסא הוא דקנסוה אלא דהא דלא משני הכי היינו משום דאי הוה משני הכי הו לא הוה קשה עליה דר"ע ממתני' דאמר לשנים גזלתי וכו' דבהך שינויא יספיק דשאני גזל דקנסא הוא והתלמודא בעי לאשמועי' רבותא דבטוען שמא ושמא חייב בבא לצאת ידי שמים ואי הוה משני דהוי משום קנס לא הוה שמעי' הך דינא אלא הוה אמינא דבשמא ושמא פטור אף בבא לצאת ידי שמים, והש"ס בעי לאשמועי' הך דינא דבשמא ושמא חייב בבא לצאת ידי שמים, אמטו להכי מיהדר הש"ס לתרץ שינויא אחרינא התם שמא ושמא וכו', והדר פריך ממתני' דאמר לשנים להשמיענו דבר זה לענין דינא דבשמא ושמא חייב בבא לצאת ידי שמים, ולעולם דקושטא הוי כסוגיא דפ' האשה שלום דשאני גזל דמשום קנסא חייב, אלו דברי פי חכם חן יצ"ו, ואני הצעיר הוספתי לו נופך משלי דעל כרחין הך סוגיא ס"ל הכי דשאני גזל דהוי משום קנסא דהרואה יראה בראש הך סוגייא רמי ואמר אלמא מספיקא מפקינן ממונא ורמינהי שנים שהפקידו זה מנה וזה מאתים וכו' עד והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו, ומשני פקדון אגזל קא רמית שאני גזל דקנס קנסו חכמים יע"ש. אלמא דשאני ליה בין גזל לפקדון, וא"כ יקשה דמאחר דמשני הכי לעיל א"כ כשחזר והקשה לר"ע מההיא דגזל לההיא דנפל הבית וכו' הו"ל לתרץ הך שינויא גופא דשני לה לעיל, אלא ודאי עכ"ל דמאי דלא משני הכא היינו להשמיענו הך דינא דבשמא ושמא חייב בבא לצאת ידי שמים.

תו ידיד נפש הה' הש' כהר' בכור נבון יצ"ו תפס שיטה אחרת לתרץ תמיהתנו זאת והוא זה דהרואה יראה שם בפ' האשה שלום דהך אוקמתא דמוקי לה דטעמא דר"ע הוי משום קנס היינו דוקא לר"ש ן' אלעזר וקאמר מאי קידש קידם בביאה; אבל לת"ק דס"ל דאף בקידש ולקח פליגי א"כ טעמיה דר"ע לאו משום קנסא הוא דהרי אף בלקח מקח מחמשה ואינו יודע מאיזה מהם לקח ס"ל לר"ע דמשלם לכל א' וא', וא"כ הא דלא משני בפ' המפקיד דטעמא הוי משום קנס היינו משום דבעי לאוקומי הך סוגיא אפי' לת"ק ואמטו להכי משני התם שמא ושמא הכא ברי ושמא לאוקומיה נמי אפי' לת"ק, אבל הה"נ דלדידן דקי"ל בההיא דפ' האשה שלום כס' רשב"א דמאי קידש בביאה וטעמא דר"ע הוי משום קנס. א"כ תו לא צריכנא למאי דמשני הש"ס הכא דטעמא הוי משום דהוי ברי ושמא אלא טעמא דר"ע הוי משום קנסא דגזל שאני דקנסוה רבנן אלו דבריו יצ"ו.

ולדידי חזי לי באופן אחר דס"ל להרי"ף דהא דמשני הש"ס הכא דטעמא דר"ע הוי משום דהוי ברי ושמא ולכך קאמר נותן גזלה לכל א' וא' היינו דוקא משום דהואיל וגזל קנסוה ומשום קנס קאמר כן, דאי לאו הכי אף דברי ושמא הוא לא הו"ל לשלם דהא קי"ל כרב נחמן ור"י באו' מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור ולא ס"ל כרב הונא דאמר חייב מטעם דהוי ברי ושמא ברי עדיף אלא ס"ל דמספקא לא מפקי' ממונא הגם דהלה טוען ברי מנה לי בידך הואיל ומשיב איני יודע פטור, וא"כ לדידהו גם בההוא דגזל א' מחמשה ואינו יודע מי הוא וכל א' טוען ברי אותי גזל הגם דהוי ברי ושמא הא מספקא ס"ל דלא מפקי' ממונא, אלא היינו טעמא דמשני הש"ס דטעם ר"ע דהוי משום ברי ושמא וברי עדיף לומר דוקא בגזל דעבד איסורא משום קנס אמרינן ברי עדיף אף דהוא אומר איני יודע למי, אבל בעלמא לא אמרינן ברי עדיף אלא מספקא לא מפקינן ממונא והכא שאני דוקא דקנסא הוא כנ"ל יותר נכון, והא דמשני תלמודא התם שמא ושמא הכא וכו' ברי ושמא, לאו למימרא דהתם אי הוה ברי ושמא הוה חייב, דלעולם בעלמא אף דהוי ברי ושמא נמי פטור אלא דקושטא דמילתא קאמר דהתם בנפל הבית הוי שמא ושמא ולעולם דאפי' אי הוי ברי ושמא מספקא לא מפקינן ממונא אלא דוקא בגזל משום קנסא ובהכי ניחא לי קושיא אחריתי דהא לעיל מיניה משני פקדון אגזל קא רמית שאני גזל דקנסא הוא, וא"כ הכא נמי הי"ל לתרץ כן שאני גזל דקנס הוא, אמנם לפום מאי דכתיבנא לא קשיא דהיא גופא קאמר הכא ברי ושמא, ומשום קנס מחייבינן ליה לשלם משא"כ בעלמא דאף דהוי ברי ושמא אמרינן מספקא לא מפקינן ממונא כנ"ל בישוב תמיהה זו על הרי"ף והר"מ ודוק.

הדרן למאי דאתינא עלה דהא אסיקנא בהך סוגיא דהמפקיד דפריך לר"ע דהלכתא כותיה מההיא דאמר לשנים גזלתי דשמא ושמא הוא וקאמר עלה ממאי דשמא ושמא הוא חדא דלא קתני תובעין אותו זפוד הא תני רבי חייא זה אומר איני יודע וכו' ומשני הא אוקימנא לה בבא לצאת ידי שמים ע"כ, אלמא דלר' עקיבא דהלכתא כוותיה כל היכא דלא קתבע ליה והוי שמא ושמא חייב בבא לצאת ידי שמים, והרואה יראה בהרא"ש ז"ל שם הביא הסוגיא וסיים עלה כללא דמלתא גזל א' מה' ואינו יודע איזה גזל וכו' משתבע כל א' ומשלם אי תבעי ליה וכן גזל משנים וכו' ואי לא תבעי ליה או שאמר גזלתיך ואיני יודע אם החזרתי לך חייב בבא לצאת ידי שמים אבל אם אמר איני יודע וכו' פטור וכו' כדמוכח בהגוזל בתרא ע"כ, הרי דבדלא תבעי ליה אלא הוא מעצמו הודה דחייב בבא לצאת ידי שמים ולא שייך לקונסו כיון שמעצמו הודה וכמ"ש הר"מ בפ"ד דגזלה דין יו"ד. ולפום הך מסקנא דהש"ס ניחא לן במ"ש הרא"ש וכל המורים בההיא דפ' הגוזל דהיכא דלא תבע ליה חייב בבא לצאת ידי שמים דהגם דלא אמרו כן התם אלא לרב הונא ולית הלכתא כוותיהו בההיא מ"מ בדלא תבעי ליה פסקינן דחייב בבא לצאת ידי שמים מכח מסקנת הש"ס דפ' המפקיד דאתי כהלכתא לר"ע דהלכתא כוותיה דאסיקנא כן, ובזה הותרה תמיהתנו הנז' לעיל דמכאן ראיה לדין המורים שפסקו כרב הונא דבדלא תבעי ליה חייב בבא לצאת ידי שמים ויש להם על מה שיסמוכו מכח הך סוגיא דהמפקיד דהלכתא היא כנ"ל ברור ונכון.

ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת דאסיקנא בהך סוגיא דאף שניהם הוו שמא ופירש"י שהגזלן אומר גזלתי א' מכם ואיני יודע למי דהוו שמא והנגזלים נ"כ כל א' מהם איני יודע אם גזלתני אסיקנא דחייב לשלם בבא לצאת ידי שמים וזו הלכה רווחת פסקה הר"מ פ"ד דגזלה

דגזלה

גביה מראובן וראובן הוא הזוכה בכל ולא שמעון וחזקתו בממון לא מעלה ולא מורדת לגבי שמעון.

אמנם מן הטעם הראשון שנתן מוהרשד"ם לזכות לראובן מטעם כי מי יודע אם היום אם למחר יודע הדבר לגוי וישאלו מראובן וכו'. כמו"ל, ה"ה והוא הטעם נמי בכ"ד לדון דזכה שמעון במעות ההם מהך טעמא גופיה כי מי יודע אם היום או למחר יודע הדבר ליורשי הגוי המת וישאלו משמעון הסך ההוא מאחר שנמסרו בידו ואינם תובעים מראובן מאחר שהוא לא היה ולא ראה בנטילת הסך ההוא וכיון ששמעון מעותד לשלם לגוי א"כ הרי הוא זוכה בסך והרי הוא לו לבדו ואין לראובן חלק בו לפי טעם זה. ואפי' דמוהרשד"ם דן כן מתרי טעמי, ובכ"ד לפי הטעם השני יוצא הדבר בכ"ד שזכה ראובן בו כמו שהארכנו לעיל, מ"מ איכא למימר דגם בטעם זה לחוד הוא מספיק לדינו של מוהרשד"ם והא דנקט תרי טעמי לשופרא דמלתא נקט דהוו שייכי הנהו תרי טעמי בנדון דידיה נקטינהו אבל אין הכי נמי דבהך טעמא לחוד היה זכאי ראובן בדינו. והן לא יהא אלא ספק מספיקא לא מפקינא ממונא וכדבעינא מימר קמן בס"ד, דגרסי' בפ' הגוזל בתרא דף ק"ח איתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב הונא וכו' אמרי חייב ורב נחמן ור"י אמרי פטור וכו' תנן אבל אם אמר לו איני יודע וכו' במאי עסקי' וכו' אלא דקא תבע ליה וקתני סיפא פטור ומשני לעולם דלא קא תבע ליה וסיפא בבא לצאת ידי שמים. איתמר נמי מנה לי בידך והלה אומר איני יודע ר' יוחנן אמר חייב בבא לצאת ידי שמים ע"כ. וטרם בואי למאי דקמן אלינא נא מאי דאיכא למידק דלפי סברת המקשן דהוה ס"ל דמיירי בדקא תבע ליה א"כ תיקשי מינה לרב נחמן ור"י דאמרי פטור דהא רישא דמתני' קתני חייב ואמאי לא אותבינן להו מרישא. ויש ליישב דבשלמא רישא דמתני' דתרוייהו בגזילה או בהלואה או בפקדון אלא דמספקא להו בחזרה הילכך כיון דלתרוייהו הוו ברי בחיובא וספק בחזרה חייב אבל רב נחמן ור"י מיירי באומר איני יודע אם הלויתני כמ"ש התו' שם ופ"ק דכתובות דף י"ב והרא"ש שם הילכך כיון דבעיקר החיוב אומר איני יודע פטור ולא דמי לרישא דמתני' דהוו ברי בחיובא כאמור, וכך כתב הרא"ש ז"ל שם וז"ל אתמר מנה לי בידך וכו' פי' איני יודע אם הלויתני וכו' אבל אם אמר איני יודע אם החזרתי לך בהא מודו רב נחמן ור"י דחייב. ותדע דפריך גמרא מסיפא דמתני' לרב הונא וכו' ומוקי מתני' בדתבע ליה וכו' וסיפא פטור כדרב נחמן ור"י ורישא דאמר איני יודע אם החזרתי לך חייב. כללא דמלתא מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם החזרתי חייב לד"ה, איני יודע אם הלויתני פטור מלשלם ואם בא לצאת ידי שמים חייב ואם בלא תביעה אמר גזלתיך וכו' ואיני יודע אם החזרתי כו' דחייב לצאת ידי שמים אבל אם אמר איני יודע אם גזלתיך וכו' פטור אף לצאת ידי שמים ע"כ, ויש לדקדק בדברי הרא"ש ז"ל מנ"ל דאם דבלא תביעה אמר גזלתיך וכו' ואיני יודע אם החזרתי דס"ל לרב נחמן ור"י דמחייב בבא לצאת ידי שמים, דבשלמא השתי חלוקות ראשונות ברורות כדדייק להו הרא"ש ז"ל מפירכת הש"ס דפריך לרב הונא ולא פריך לרב נחמן כמוזג בדבריו ושפיר, אמנם מנ"ל דבדלא תבע ליה דמודה רב נחמן דמחייב בבא לצאת ידי שמים, דאדרבא מדקאמר הש"ס אתמר נמי מנה לי בידך וכו' חייב בבא לצאת ידי שמים. משמע איפכא דדוקא בדקא תבע ליה דהכי נקט מנה לי בידך אז הוא דחייב בבא לצאת ידי שמים, הא בדלא תבע ליה פטור מכל וא"כ מנין הוציא דין זה הרא"ש, וכו' דדייק לה הרא"ש מדקאמר אתמר נמי וכו' דמלת נמי מורה כאלו קאמר דמלבד דמודו לדין רב הונא דס"ל דבדלא

תבע ליה חייב בבא לצאת ידי שמים, ה"נ בדתבע ליה והלה אומר איני יודע אם הלויתני ס"ל דחייב בבא לצאת ידי שמים ודוק, גם רש"ל בס' ים של שלמה פ' הגוזל בתרא סי' נ"ה כתב וז"ל ואף שהלכה כרב נחמן, מ"מ גם זה הלכה כרב הונא היכא דלא קתבע ליה והלה אומר איני יודע אם החזרתי לך דחייב בבא לצאת ידי שמים. וכ"פ הר"מ והרא"ש והטור ע"כ, מיהו לא ידעתי אמאי לא דקדק דמנ"ל הך דינא דהלכה כרב הונא וכי תימא דדייק לה ממלת נמי כדכתיבנא הא ליתא דהלא הוא כתב בפי' אתמר נמי וז"ל אעפ"י שהאי איתמר חולק על רב הונא ורב יהודה שהם מחייבים אותו באיני יודע מ"מ מביא ראיה דמלינו חיוב לצאת ידי שמים כגון לרב נחמן ור"י באיני יודע אם חייב לך והיכא דתבע ליה, וממילא לרב הונא ורב יהודה בלא קתבע ליה ואיני יודע אם החזרתי ע"כ יע"ש, ולפי שיטתו זה שכתב בפי' אתמר נמי א"כ איכא למידק דמנ"ל לפוסקים לפסוק לדין רב הונא דבדלא תבע ליה חייב בבא לצאת ידי שמים דמנ"ל דרב נחמן ורבי יוחנן מודו בדין זה, ובשלמא לפי פירושינו דכתי' ניחא אמנם לפי שיטתו הנז' קשיא דמנ"ל דהוי הלכתא הא דבדלא תבע ליה דחייב לצאת ידי שמים כיון דלשיטתו זאת חלוקים רב נחמן ור"י עם רב הונא ור"י וכיון דפסקי' כרב נחמן ור"י לא הו"ל לפסוק כדין ור"י דס"ל בדלא תבע ליה דמחייב בבא לצאת ידי שמים. מאחר דרב נחמן ור"י פליגי עליה וס"ל דלא מחייב בבא לצאת ידי שמים אלא דוקא בדתבע ליה והלה אומר איני יודע אם הלויתני נימא דדוקא בהא הוא דמחייבי לצאת ידי שמים אבל בדלא תבע ליה לדעת רב נחמן ור"י דהלכתא כוותיהו נימא דפטור אף בבא לצאת ידי שמים, וא"כ היאך פסקו כרב הונא מאחר דפליגינן בהדייהו.

ובהיותי משתאה לדיעה מולא דבר זה האיר ה' עיני בסוגיא אחרת דפ' המפקיד דף ל"ז כי ממנה תוצאות חיים לפסק זה דפסקו כרב הונא. ואההלכה ברחבה מענין לענין באותו ענין כי דברי תורה כפטיש יפוצץ סלע בס"ד, תנן התם אמר לשנים גזלתי לא' מכם מנה ואיני יודע איזה מכם או אביו וכו' נותן לזה מנה ולזה מנה שהודה מפי עצמו, ובש"ס רמי עלה גזל אגזל מהא דתנן גזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהם וכו' מניח גזלה ביניהם ומסתלק ד"ר טרפון אלמא מספקא לא מפקינן ממונא, ומשני התם דקא תבעי ליה הכא בבא לצאת ידי שמים, דיקא נמי דקתני שהודה מפי עצמו, ובתר הכי רמי הש"ס על סברת ר"ע דפליג אר' טרפון בההיא דגזל א' מחמשה בס"פ האשה שלום וקאמר לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה עד שישלם גזילה לכל אחד דאלמא מספיקא מפקינן ממונא וכו' ורמינהי נפל הבית יכו' ומשני התם שמא ושמא גזל אחד מחמשה ברי ושמא והדר מותבינן ממתני' דהכא גזל לשנים וכו' דשמא ושמא הוא וכו' ומוקמי' לה בבא לצאת ידי שמים. זהו תורף הסוגיא יע"ש, וטרם בואי למאי דקמן הוא קשיא לי במ"ש הר"מ בפ"ד דה' גזילה דין ט' בהא דגזל א' מה' דחייב לשלם גזלה לכל א' ולא מדינא אלא משום קנס כמבואר שם וכתב ה"ה ז"ל דפסק כר' עקיבא יע"ש. ולפום ריהטא ק"ל דמנ"ל דהוי משום קנס הלא מהסוגייא הנז' מוכח דמדינא חייב לשלם לכל א' משום דהוי ברי ושמא לדעת ר"ע כנז"ל, ואת זה ראיתי אחרי רואי דברי ה"ה שם רמ"ז דברי ההלכות דפ' המפקיד ויאורו עיני בדברי הרי"ף כאן בפרק המפקיד כתב וז"ל אבל היכא דקתבעי ליה וכו' עד וקי"ל הלכה כר"ע מחבירו ואע"ג דקי"ל מספיקא וכו' כדאמרינן מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב נחמן ור"י אמרי פטור וקי"ל כותייהו הכא היינו טעמא דחייב דקנסא קנסוה רבנן משום דעבד איסורא כדאמרינן עלה פ' האשה שלום

חלק בו וכתב וז"ל דע"כ לא פליגי כל הני רבוותא אלא כשהמעות הם ביד השליח אבל אם נתן השליח המעות לבעל המעות ואח"כ ידע שהגוי שכחם פשיטא לע"ד דלא מפיק השליח כלום מבעל המעות וכן מצאתי כתוב בפי' שכתב המרדכי בשם ריב"א וז"ל נתכון השליח לזכות, הכל לשליח אבל אם לא הכיר בטעות ונתנם לבעל המעות הכל לבעל המעות, א"כ בנ"ד נמי כיון שמעולם לא זכה בהם שמעון דלא נתכון לזכות לכ"ע הכל לבעל המעות וכו' עד דודאי הכא לראובן ואין זכות לשמעון כלל עכ"ל מוהרשד"ם יע"ש.

ועל פי זה ניחא לי תמיהה שתמה בשו"ת תורת חסד סי' רי"א על דינו של מוהרשד"ם דאמאי פסק דהכל לראובן ולא פסק דיחלוקו דמ"ש זה ממ"ש המרדכי ותשו' מיימו' על שנים שהיו בפונדק התגר ואזל חד מנייהו וזבן עסקא והטעה הגוי דפסק הלל הזקן דחולקין יע"ש, ה"נ בנדון מוהרשד"ם הואיל ובהתעסקות שניהם יחד הופקע החוב ונמחק מפנקס הגוי למה יזכה ראובן בכל, הי"ל דיחלוקו זהו תורף תמיהתו והוא ז"ל מפרק לה בההיא תשו' דהרשב"א שהביאה מרן הב"י סוף סי' קכ"ד, וסיים עלה וז"ל אם כן בנדון מוהרשד"ם המשכונות היו ביד ראובן בתורת פקדון מהגוי אף שבאו לידו ע"י שמעון ואחר שנסתלק הגוי מהם ופקע החוב זכה בהם ראובן מדין הפקר כעין נדון הרשב"א עכ"ל יע"ש דף קמ"ו. ואחר המחילה רבה מהוד תורתו שותיה דמר לא ידענא ולא יכולתי להלום דבריו כלל, חדא במה שדימהו להההיא דהרשב"א לע"ד לא לדק בדמיונו כלל ולא דמי כערלה לדנא דהחילוק ברור דשאני בנדון הרשב"א מכי יהיב הגוי המטלטלין במתנה בשטר לשמעון נסתלק מכל וכל ואין לו עוד תביעה עליהם כלל הילכך זכה ראובן במה שבידו מדין הפקר ושפיר, אבל בנדון הרשד"ם אף שהגוי נתן המשכונות ביד ראובן או שמעון מ"מ לא נסתלק הגוי מלתבוע חובו ועוד ידו נטויה עליהם עד שיתפרע חובו ע"ש פ"א וא"כ היכי שייך לומר דכיון דסילק עצמו הגוי נשאר הפקר וזכה ראובן באופן דלע"ד אין לו דמיון כלל לדברי הרשב"א כאשר יראה הרואה, זאת ועוד אחרת במ"ש הרב בנדון הרשד"ם דהמשכונות היו ביד ראובן בתורת פקדון מהגוי וכו' דברים אלו אין להם שחר ועשה עצמו כלא יודע ומעלומי העין כי לא השגיח בדברי השאלה שאדרבא הגוי לא האמין לראובן כלל למסור המשכונות בידו ולא מסרם כי אם ליד שמעון דוקא כמוזכר בנוסח דברי השאלה וא"כ לפי שיטתיה שדימהו לההיא דהרשב"א הי"ל להרשד"ם לדון דזכה שמעון בכל ולא ראובן מאחר דהגוי לא הפקידו אלא ביד שמעון דיקא באופן דלעניות דעתי אחר המחילה רבה כל דבריו בזה לא שרירין ולא קיימין ואין להם על מה שיסמוכו כאשר ירא' הרואה ע"ד אמת ולדק.

ולעקר תמיהתו שתמה על מוהרשד"ס נ"ל דהרב ז"ל מפרק לה כלאחר יד דשאני בנדון דהלל הזקן יד שניהם שוה דשניהם היו ביחד ושניהם לקחו הסחורה וברשות שניהם היתה הסחורה כמ"ש הרשד"ם ז"ל גופיה בסי' כנז"ל הילכך דן את הדין דיחלוקו משא"כ בנדון הרשד"ם שהמשכונות הם ביד ראובן שמסרם לו שמעון והוא תפוס בממון הלכך פסק שהכל לראובן וכמו שמלא עזר לתומכו מדברי המרדכי שכתב כן בשם ריב"א כנז"ל ולפי זה סרה מהר התלונה מעליו כי רב המרחק ביניהם ול"ד לעובדא דהלל הזקן כלל. ואני תמיה עליו דאחרי שהעתיק דברי מוהרשד"ס ומ"ש מההיא דהמרדכי א"כ איך מלא מקום לתמוה עליו דלע"ד אין שום תימה כלל וכדכתי' כנלע"ד.

ומעתה הדרן לנ"ד דמדברי הרשד"ם ז"ל הנז' שפסק דהכל לראובן ואין לשמעון חלק בו הרי אתה דן מקל וחומר לנ"ד דהכל לשמעון שנטל המעות מן הגוי דהשתא ומה אם בנדון מהרשד"ס דשניהם הא' ע"י עסקם גרמו שהופקע החוב ונמחק החוב מהפנקס דלפי הנר' הדעת והסברא היתה טענת שיחלוקו ואפ"ה דן את הדין שהכל לראובן מטעם שראובן הוא תפוס בממון, כ"ש וק"ו לנ"ד שראובן לא ידע ולא הכיר את הגוי ולא לקח מידו מאומה ושמעון דוקא הוא שנשא ונתן ביד מהגוי והממון ברשותיה קאי דלפ"ז לית דין ולית דיין שיאמר שיזכה בו ראובן אלא הרי הכסף ההוא נתון לשמעון והוא זכה בו ואין לראובן שום זכות בו. כן היה נ"ל לדון לכאורה.

האמנם אחר ההתבוננות היטב בדברי מוהרשד"ס יש לדון איפכא דתפיסת שמעון בממון ההוא אינה מעלה ואינה מורדת לזכות בממון שבידו אלא אדרבא כיון שהממון ההוא נטלו מהגוי בתורת פרעון חובו שחייב לו ראובן א"כ אחר שנפטר הגוי זכה ראובן בו ואף שהממון ביד שמעון, וזה דע"כ לא דן מוהרשד"ס את דינו שהכל לראובן מטעם שהמשכונות הם בידו היינו משום דבנ"ד בעת שבאו המשכונות ליד שמעון עדין לא מת הגוי והיה בחיים וכשמסרם לראובן חי היה ושוב לאחר כן מת הגוי א"כ נמלא דמעולם בהיות המשכונות ביד שמעון לא נתכון לזכות בהם הלכך כיון שאחרי מות הגוי שהיא עת הזכייה היה תפוס ראובן בממון והוא נתכון לזכות בו ולא השליח לכן דן מוהרשד"ס דהכל לראובן שהוא תפוס בו, וסעד לזה ממ"ש המרדכי בשם ריב"א שכתב שאם לא הכיר בטעות ונתנם לב"ה הכל לב"ה, הרי דדוקא משום שלא הכיר השליח בטעות עד לאחר שנתנם לב"ה דנמלא דמעולם לא נתכון השליח לזכות בו כל ימי היותו בידו ולא הכיר בטעות אלא אחר שנתנם לב"ה הילכך כתב ריב"א דהכל לב"ה, וכמו כן נדון מוהרשד"ס דכותה היא שהרי לא הכיר שמעון אלא לאחר שמסרם לראובן מת הגוי ולכן זכה בו ושפיר, דון מינה הא אם הכיר השליח בטעות בהיותו בידו אף שמסרו לב"ה הו"ל כהפקידו בידו ואפי' שב"ה תפוס בהם אין תפיסתו תפיסה וזכה השליח, ולמען תחזקנה ידיך בזה עיין בתורת חסד סי' ר"י למוהר"י די אלב"א שרלה לזכות לראובן בנ"ד מטעם שהיה תפוס בממון וחזקתו חזקה והביא סעד לתומכו מדברי ריב"א הנז'. והרלה דבריו אלה לפני גאון הדור הוא מהר"ר ברוך אנגיל ז"ל יע"ש בתשו' סי' מ' והרב ז"ל חלק על ראיתו שהביא מדברי ריב"א דאדרבא מינה יש לדון איפכא ודקדק כן מדברי ריב"א וכפי תלי להו על כל דיבור ודיבור של ריב"א כי לא הבין מהר"י די אלב"א דברי ריב"א על מתכונתן אלא פשטן של דברים ומכח עיוני היטב בדברי ריב"א קם עליו וסתר את דבריו כאשר יראה הרואה דברי הגאון הנז' יע"ש, ולדעתי יש לו אילן גדול להשען עליו הוא מהרשד"ס בתשו' הנז' שירד לעומק דברי ריב"א ומכח זה דן את הדין דזכה ראובן בתפיסתו ולא שמעון כדבר האמור, ורוח ה' דבר בו.

אחר הדברים הללו הנאמרים באמת הרי אתה דן בנ"ד דבשלמא אם בעת שבאו המעות של הגוי ביד שמעון כבר היה מת הגוי ולאחר מותו זכה בהם אז ודאי דהכל הם שלו ומן השמים זיכו לו, אמנם בנ"ד אינו כן דבשעה שנטלם מיד הגוי חי היה על פני כל הארץ ונטלם מיד בפרעון חובו שחייב לו ראובן ולא נביא ולא ן' נביא הוא לדעת העתידות ולא לפניו נגלו ספוני סודות העתידות שעתיד למות לומר שנתכון לזכות בהם לו לשמו אלא אדרבא נטלם לפרעון חובו מראובן ונתן לו פוליסה ע"ש ראובן א"כ נמלא שמעולם לא נתכון לזכות בהם אלא בעבור ראובן באו לידו א"כ כשמת הגוי אף שהמעות הם בידו יש לנו לדון דהו"ל כאלו הקך זוזי פקדון גביה

נכר שהתורה התירה למולאו וכמו שכתב ה"ה כמ"ל. ומטעם יאוש אתינא עלה והלכך הוא לבעל הקרקע משא"כ בנ"ד דליכא בה לתא דיאוש וא"כ אין לנו ללמוד מינה לנ"ד ועדין בספק הדבר תלוי. על כל אלה יש לי ללמוד ממקום אחר דתנן במציעא סוף פ' הבית והעליה שתי גנות זו ע"ג זו והירק בינתים רמ"א של עליון רי"א של תחתון אמר"מ אם ירצה העליון ליקח את עפרה אין כאן ירק אמר"י אם ירצה התחתון למלאת גינתו עפר אין כאן ירק אמר"מ מאחר ששניהם יכולין למחות זה על זה רואין מהיכן ירק זה חי ופי' רש"י ממקום שהוא יונק וגדל לו ינתן ע"כ. וראיתי בס' עדות ביעקב בליקוטים שעשה על המשניות דף רל"ו סי' ק"ה תמה ע"ד ר"מ שאמר מאחר ששניהם יכולים למחות זה ע"ז רואין וכו' דמאי שנא מההיא דשטף נהר דתנן בהשואל זה אומר ארזי גדלה וכו' יחלוקו ה"נ מאחר שיש להם לשניהם טענה הי"ל דחולקין והניחו בתימא יע"ש. ולדידי ל"ק כלל דהאחר המחילה שנא ושנא דהרי לא אמרו דיחלוקו אלא כשנעקרו בגושיהן מטעם ערלה הא לאו הכי הכל לבעל הקרקע וטענת זיתי גדלו בלא גושין אינה טענה כלל. אמור מעתה דאף דשניהם יכולין למחות זה בזה כל שאחד מהם אינו בא בטענה מספקת לזכות בו אין בו לד לומר יחלוקו ולכן אמר ר"מ דרואין מהיכן ירק זה חי והוא זוכה בכל ולא האחר וזה ברור.

ומעתה הרי אתה דן בנ"ד כמו כן דעלינו מוטל לדעת מי הוא היה העיקר בנטילת הדמים הללו והוא יזכה בכל, והסברה נותנת דהגם שכתיבת ראובן גרמה לו מ"מ העקר הוא שמעון שמלא את הגוי ליקח ממנו הדמים. והגם שנתן לו פוליסה על ראובן מ"מ רואין אנו הגוי הזה אחריות מעותיו אם מת או נשבר או נשבה ראובן על מי מוטל לפרעו, על שמעון הוא שנשא ונתן ביד ממונו וכיון שכן הוא העקר וה"ז דומה למ"ש רואין מהיכן ירק זה חי והרי הוא לו ה"נ בנ"ד הכל לשמעון כי הוא העקר. ואם נפשך לומר דממקום שבאת לא איריא דהא לא נפסקה הלכה כר"מ אלא כר"ש דאמר כל שהעליון יכול לפשוט את ידו וכו' והשאר של תחתון כמ"ש הר"מ בפ"ד מה' שכנים והטח"מ סי' קס"ו יע"ש. הרי דיד שניהם זוכה בו, א"כ גם בנ"ד יד שניהם שוה, אף אתה אמור לו דשאני התם זיל בתר טעמא דאמר ר"ש והשאר של תחתון משום דעליון גופיה אפקורי מפקר לגביה שנגאי הוא לו ליטול רשות ליכנס לתוך של חבירו וללקוט כמו שפי' רש"י ז"ל. הרי דאי לאו דאנן סהדי דאפקורי מפקר לגביה היתה שורת הדין נותנת שהכל לעליון הואיל והוא העיקר ודידיה הוא. דון מינה לנ"ד דליכא טעמא דאפקורי מפקר דכיון ששמעון הוא העקר כמ"ש דהרי הוי' זכה בהם אף לר"ש דהלכתא כוותיה ואין לראובן חלק בו כלל ויש לדמותו למ"ש ר"מ רואין מהיכן ירק זה חי וכדכתי' לעיל דכל כיוצא דנ"ד גם ר"ש יודה דדינא הכי, כל זה ראיתי להביא דמיון לנ"ד דזכה שמעון מהמשניות הנז'.

ואסובבה אל מקדשי אל בספרי הפוסקים לדיעה מאי דעתייהו דרבנן קשישי לדון בנ"ד והיה נ"ל להביא דמות ראיה לנ"ד ממ"ש הרשב"א בתשו' סי' אלף ל"ב על גוי שמשכן מטלטלין לראובן ואחר זמן נתנם לשמעון ומת והשיב דזכה ראובן במשכון שבידו, ונתן טעם משום דכי עבד גוי שטר מתנה לישראל נסתלק וישר' המקבל מתנה לא קנה עד דמשך המטלטלין, ולכן ראובן שהיו המטלטלין בידו קנאם יע"ש. ופסקה מור"ם בהגה בח"מ סי' ע"ב סעי' מ' ובסי' קל"ד סעי' ב' יע"ש וידוע דמטבע אין דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא דוקא אגב קרקע כמ"ש מר"ן סי' ר"ג סעי' ט'. ומעתה יש לדמות נ"ד לזה דהגוי שנתן המעות לשמעון מכי מטא הפוליסה שנתן לי שמעון נסתלק לילך ולהתפרע מראובן ומאחר שמת בדרך במה יזכה ראובן במטבע שביד שמעון אם לא בקנין אגב וכיון דכאן לא הקנהו באגב זכה שמעון במה שבידו והוא קנאם ולא ראובן. אלא דיש לדחות דאין לדמותו לזה כלל דבנ"ד הואיל ושמעון כשנטל המעות מהגוי נטלם בעד פרעון חובו שהיה חייב לו ראובן ובתורת פרעון באו לידו א"כ כשמת הגוי נמצא שלמפרע זכה שמעון במעות שבאו לידו בעד ראובן וכאלו נעשה שלוחו לזכות בעדו וכיון שמת הגוי זכה ראובן במעות שביד שמעון שמאחר שקבלם לפירעון הרי פקע שעבודו מעל ראובן ונמצא שנשאר ראובן חייב לגוי הסך ההוא ועכשיו שמת זכה ראובן בממון ההוא משמיא הוא דקזכו ליה ע"י נטילת שמעון שנטלן וקבלן מתחלה מהגוי לפרעון חובו שביד ראובן והרי הם לראובן ופטור הוא מחוב שמעון מאחר שנטלם בתורת פרעון והו"ל כמגביה מציאה לחבירו דקנה חבירו. אך את זה ראיתי למוהרשד"ם בח"מ סי' כ"ז על נדון שנשאל עליו בישראל שלוה מעות מגוי ונתן לו משכון ויצא ערב בעדו לגוי ישראל אחר, ולבסוף מסר הגוי המשכון לערב ע"י איש אחד שיצא ערב בעדו שימכור המשכון ויפרע לגוי את חובו ומת הגוי ונשתדלו הערבים ומחקו את החוב מפנקס הגוי באופן שאין מי שיתבע החוב. זה ת"ד השאלה בסי' כ"ו ובסי' כ"ז, השיב אם יש לו ללוה שום זכות במשכונות שהרויח הערב, והשיב דהכל הוא לערב וז"ל הנצרך לנו לנ"ד. אבל בנ"ד שזה הערב לא קבל דבר מיד הישראל בעל המשכון אלא מיד הגוי והגוי נתנם לזה הערב כדי שימכרם ויפרענו והוא גזל כנז' בשאלה פשי' דלית דין ולית דיין שיחייב לזה הערב שיחזיר אלא זכה הערב במה שבידו וכו' עד אמת כי מתשו' נמצאת בהגהמ"י נר' שהדין הוא שיחלוקו וז"ל התשו' וכו' נר' שבנ"ד היה אפשר לומר ג"כ שאלמלא הלוה הראשון לא היה מרויח הערב ואלמלא הערב לא היה נמחק החוב נמצא בין שניהם הרויחו ולכן ראוי הוא שיחלוקו, ואפשר לחלק דהתם שניהם היו ביחד ושניהם לקחו וברשות שניהם הוה ההוא עסקא וכו' אמנם בנ"ד שהכל ברשות זה הערב והוא קבל המשכונות בפי' ע"מ ליתן המעות וכו' ודאי הכל לערב, עוד כתב טעם אחר למדו מדברי הרשב"א דשמא למחר ירגיש הגוי' ויתבע ממנו ויתחייב להחזיר יעש"ב.

אמור מעתה בנ"ד ששמעון קבל מהגוי והלוה לא קבל ממנו דבר ועוד שאם באולי איזה יורש מהגוי שמת ירגיש בדבר ויתבע הסך משמעון ולכן שורת הדין נותנת דאע"ג שנטלם מהגוי לפרעון חוב ראובן מ"מ מאחר שאם ירגישו היורשים יתפרעו משמעון דלפ"ז זכה שמעון במה שבידו ואין לראובן חלק בו מטעמים הנז' שכתב מוהרשד"ם ז"ל שם.

וביותר יש ללמוד כן לנ"ד ממ"ש מוהרשד"ם בסי' כ"ו על הנדון הנז' לענין שמעון וראובן שנעשו ערבים זה לזה לגוי והגוי לא האמין לתת המשכונות אלא דוקא ביד שמעון ומסרם בידו בפני עדים גוים, ושמעון נתן המשכונות ביד ראובן למכרם ומת הגוי ושניהם יחד אחרי מות הגוי השתדלו למחוק החוב מהפנקס כמוזכר בשאלה, ומוהרשד"ם השיב כי זכה ראובן בכל ואין לו לשמעון חלק בו מתרי טעמי. חדא כי מי יודע שהיום או למחר יודע הדבר וישאלו מראובן ואפי' שי"ל אדרבא ישאלו משמעון שבידו נמסר מ"מ אי אפשר לומר שאין חלוקה שישאלו מראובן שהוא היה העקר בערך שמעון ואחר שיש לומר הכי ויש לומר הכי חזר הדין להיות הדין נותן ליתן המעות לראובן כיון דמעקרא הימניה שמעון לראובן ונעשה ערב בשבילו וכו'. עוד טעם אחר דמאחר שהמעות הם ביד ראובן הרי זכה בהם ואין לשמעון חלק

הר"מ הפך מזה דדוקא בנתיאשו. תו יש לדקדק במ"ש ה"ה וכפשטא דרשב"א דהלא הרואה יראה שם דף כ"ד רשב"א נקט בלישניה מפני שהבעלים מתייאשין מהם. ומדלא נקט אם נתייאשו הבעלים אלמא דבסתמא הם שלו ואע"ג דלא שמעינן דמיאש משום שהתורה התירה וא"כ נמלא דפשט דברי רשב"א הם הפך דברי הר"מ דנקט דוקא אם נתיאשו תו קשה במ"ש ה"ה ומיהו עיקר הדין וכו' עד וכו' בעינן נתייאשו היינו דוקא ביכולין להליל ע"י הדחק. דאיברא שכן אוקמנא בש"ס דכ"ב הך דשטף נהר דמיירי ביכולין להליל ע"י הדחק. מיהו הרואה יראה דהך אוקמתא לא נצרכה אלא לס' רבא דס"ל דיאוש שלא מדעת קנה. אבל לאביי דקי"ל כותיה ביע"ל קג"ס דיאוש שלא מדעת לא קנה וכמ"ש הר"מ בפי"ד דגזילה א"כ לדידיה אתייא ברייתא כפשטא דדוקא בנתייאשו הם שלו הא סתמא לא. וא"כ היאך כתב ה"ה דכי בעי' נתיאשו דוקא ביכולין להליל ע"י הדחק. תו קשה במה שסיים ה"ה ואפשר שהרב סובר וכו' עד וכן כתוב בפי"א דא"כ היאך כתב כאן דוקא אם נתייאשו הול"ל דבזוטו שהם ע"ל הפלא אפי' סתמא הם שלו. תו קשיא לי במ"ש ה"ה וכפשטא דרשב"א כמ"ל דאיך יתכן דרשב"א דוקא בנתייאשו הם שלו ובדלא אייאוש לא דא"כ מאי פריך עליה שם דף כ"ד ע"ב בעובדא דההוא גברא דאשכח ד' זוזי וכו' ושדו בנהר בירן וכו' א"ל זיל אכריז וכו' ופריך והא רובא גוים נינהו ש"מ אין הלכה כרשב"א אפי' ברוב גוים ומשני שאני נהר בירן וכו' ואם כדברי ה"ה דס"ל דרשב"א דוקא בנתייאשו קאמר מאי קושייא נימא דשאני בההוא עובדא דאמר זיל אכריז משום דלא נתייאשו דע"כ לא קאמר רשב"א שהם שלו אלא דוקא בנתיאשו. אלא ודאי מדלא משני הכי שמעינן מינה דמאי דקאמר רשב"א שהם שלו לגמרי קאמר ואע"ג דלא שמעיניה דמיאש. וא"כ דברי ה"ה בזה קשים להלום. והרליתי הדברים לפני ידיד נפש הח' השלם כמוה"ר בכור נבון יל"ו והוא אמר דס"ל לה"ה. בעד הר"מ דאה"נ דלרשב"א דוקא בנתיאשו הם שלו, מ"מ לענין הכרזה פריך הש"ס דלמה לו להכריז דמלי אתי לידי תקלה דאפשר שכבר נתיאש ומדינא הם שלו. וכיון ששומע שמכריז אומר נתיאשתי ונמלא נותן יד לרמאים ולכן פריך אמאי מכריז. זהו מה שהלין הח"ר יונה הנז'. ולדידי לא שמיע לי דכולא סוגיא משמע דהא בהא תליא דאם אמרינן דמסתמא מיאש לא בעי להכריז ואי אמרינן דדוקא בעי יאוש א"כ מחייב להכריז כדמוכח פשטא דשמעתתא לכל רואה יע"ש. ותו דכל היכא דאיכא חשש דרמאות אין נותנין לו עד שיביא עדים כמ"ש הר"מ פי"ג דגזילה דין ג' יע"ש. וא"כ הדרא תמיהא לדוכתא.

ורבן נ"ל דמ"ש ה"ה ולא חילק הרב בינה ובין ההיא דאמרינן מנין לאבידה וכו' לאו לקושטא קאמר כן בעד הר"מ. אלא כמתמיה עליו דלפי פשט הדברים הללו דנקט כאן נר' דלא חילק הרב וס"ל דגם בזוטו של ים ושלוליתו של נהר דוקא אם נתיאשו הם שלו הא לאו הכי לא, וזה א"א שהרי בפי"א כתב איפכא דזוטו של ים ואבידת נהר מותרת והבליע בנעימה התמיהות הנופלות על רבינו אם נאמר כן דנמלאו שדברי הר"מ סתרי אהדדי. ועוד דגם פשט דברי רשב"א אין מורין דמיירי דוקא בנתיאשו. וכדי לתרץ כל זה כתב ומיהו עיקר הדין וכו' לישב דברי הר"מ אהדדי דלעולם דעת הר"מ ז"ל דזוטו של ים ואבידת נהר דמותרת אעפ"י שלא נתיאשו ומ"ש כאן דדוקא בנתיאשו הם שלו דבריו הם ביכולין להליל ע"י הדחק דאז דוקא בנתיאשו הם שלו הא לאו הכי לא וההיא דפי"א מיירי באין יכולין להליל רק על לד הפלא והזוכות ובזה עלו דברי הר"מ כאן ושבפי"א על נכון. והכריח רבינו לומר כן משום דלא תיקשי מתניתין דהגוזל עם הבריתא, דאלו בבריתא קתני דאבידת נהר מותרת ואלו ממתני' דהגוזל משמע דוקא אם נתיאשו הם שלו וכדי להלדיקם יחד ע"כ לומר דמתניתין מיירי ביכולין להליל ע"י הדחק וברייתא באין יכולין להליל כלל כנ"ל ביאור דברי ה"ה ז"ל והבליע הכל בנועם שיח שפתותיו בלשון קלר מחזיק את המרובה כי כן דרש לרמוז בלשון קלר תלי תלים של הלכות כידוע לרגיל לדקדק בתגיו ובאותיותיו כי עלמו מספר וזהו רמז לנו ה"ה בסוף דבריו ודברי הר"א בהשגות הוא מן הטעם שכתבתי כונתו שהרא"ב"ד השיגו שאין טעם לפשט דברי הר"מ כאן מכל התמיהות הנופלות עליו ולפי חילוקו אשר שם בדעת הר"מ סרו מהר כל התלונות מעליו כנלע"ד. ומה שתמהתי עליו דהך אוקמתא דיכולין להליל ע"י הדחק לא אמרוה בש"ס רק לרבא ולא לאביי דקיימא לן כותיה כנז"ל. גם לזה נ"ל דסבור ה"ה דמ"ש ת"ש שטף נהר וכו' לאו לרבא בלחוד פריך כפי' רש"י אלא לכ"ע היא ואפי' לאביי היא דמאחר דבאבידת נהר וזוטו של ים כ"ע מודו דשרי א"כ אמאי קתני שטף נהר וכו' אם נתיאשו הלא אבידת נהר מותרת אפי' בלא יאוש ומשני ביכולין להליל ע"י הדחק, ולכ"ע אתמר ומכאן הוכיח הר"מ חילוקו שחילק ביכולין להליל ע"י הדחק לאין יכולין להליל דכ"ע ס"ל חילוק זה ואפי' לאביי כנלע"ד להלין בעד הר"מ ולבאר דברי ה"ה כדכתיבנא ודוק.

המורם מזה דס"ל לה"ה בדעת הר"מ דבזוטו של ים ושלוליתו של נהר כל שיכולין להליל ע"י הדחק בעי יאוש ואי לא אייאוש לא אבל כל שאינו יכול להליל כלל הרי הוא שלו מיד והלא כתבנו לעיל בשם הרא"ה בההיא דשטף נהר קוריו וכו' דזו השטיפה ע"י דיקירי פלטי להו מיא וממנו הם אבודים אבל לא מכל אדם והלכך דוקא בנתיאשו הם שלו אבל אי לא אייאוש לא כאשר זכרנו לעיל.

ומעתה נ"ל להלין מה שתמה מרן ז"ל בההיא דשטף נהר זיתיו שפסה הר"מ בה' שכנים בנעקרו בלא גושין הרי הם לבעל הקרקע מיד. וכתב ה"ה להלין על מה שהשיגו הרא"ב"ד דטעמא הוי בזוטו של ים וכו' ותמה עליו מרן דא"כ אפי' בנעקרו בגושיהן נמי כנז' לעיל. ונלע"ד להלין לזה דכל שנעקרו בגושיהן על ידי הגושין יקירי הזיתים ולא מיאש דסבור הוא שיפלטם הנהר מרוב כובדן ויליאם הילכך חולקים, אבל בנעקרו בלא גושין כיון שהם קלים מיד מיאש ולכן הם לבעל הקרקע מיד. כנלע"ד להלין לתמיהה זו.

חוזרני למאי דקמן לדון בכ"ד דהרי מליט דכל שניהם באים בטענה דזה אומר זיתי גדלו וזה אומר ארלי גדלה חולקין. דון מינה לנ"ד דשניהם באים בטענה דזה אומר כתבי גרם וזה אומר לקיחתי גרמה דחולקין כנ"ל לדון לכאורה.

אבן אחר ההתבוננות היטב ממקום שבאנו יש ללמוד דהכל לשמעון שנטל המעות מהגוי דהלא טעמא דחולקין היינו מפני שנעקרו בגושיהן ומשום ערלה הוא דחולק בעל הזיתים אבל כשנעקרו בלא גושין הרי פסק הר"מ דהכל לבעל הקרקע והגם דהא מיהא זיתיו הם מ"מ כל דליכא גושין הם לבעל הקרקע. א"כ מינה לנ"ד הגם דכתב ראובן גורם מ"מ העקר הוא שמעון שקבל המעות מהגוי והרי זכה בהם לו לעלמו ואין לראובן חלק ונחלה עמו. ובההיא דנעקרו בלא גושין דהגם דהזיתים הם בעין מ"מ הכל לבעל הקרקע אשר טרח בזריעתן תוך שדיהו ה"נ בנ"ד דכוותה. והן לא נפלאת היא במיני ולא רחוקה דיד הדוחה נטויה דאין לו דמיון לנ"ד דשאני התם בנעקרו בלא גושין דאמרו הכל לבעל הקרקע מטעם יאוש הוא דהרי הם כזוטו של ים ושלוליתו של

נהר

וכיוצא. באופן דיש לי לומר כדכתיבנא דטעמא דתוך שלש חולקין לאו מטעם ערלה הוא כמו שפירש"י אלא מטעם דכל שנעקרו בגושיהן שיערו חכמים דעד ג' שנים היו יכולים לחיות ותו לא ולכן חולקין מטעמא דכתיבנא, ואמטו להכי כשנעקרו בלא גושין שאינם יכולין לחיות כלל הכל לבעל הקרקע, כן היינו יכולים לפרש השמועה דלא כפי' רש"י אבל לפי' רש"י הוקשה לו לה"ה שפיר דכיון דמטעם ערלה אתינא עלה א"כ כשנעקרו בלא גושין היאך כתב הר"מ דהכל לבעל הקרקע הא אסירי משום ערלה. ותירץ יע"ש כנז"ל. ועפ"י דרכי זה אשכחנא פיתרי למ"ש מרן הב"י בח"מ סי' קס"ח וז"ל, ומ"ש רבינו ואם לא נעקר עמהם מהענפים וכו' אפי' תוך ג' הכל לבעל הקרקע הוא לשון הר"מ ואי אפשר ליישבו כפי פירש"י והתו' וכו' וכבר הרגיש ה"ה בדוחק זה וכו' עד נמצא דלדעת רש"י הכי פי' ל"ש דיחלוקו וכו' עד ולדעת הר"מ ה"פ ל"ש דיחלוקו אלא שנעקרו בגושיהן אבל נעקרו שלא בגושיהן לא ואפי' נעקרו בגושיהן דוקא בתוך ג' אבל לאחר שלש הכל לבעל הקרקע עכ"ל. ואני בער ולא אדע מה בא לחדש במ"ש ולדעת הר"מ וכו' דהרואה יראה דהן הן הדברים שכתב לפירש"י ומאי ביניהו מאחר דשוין הן בפי' א' ובגנון אחד לכולם אמנם לפום מאי דכתיבנא נ"ל אפשר שכונת מרן הב"י הוא דלפירש"י דפי' דהוי משום ערלה א"כ מ"ש דכשנעקרו בלא גושין הוי לבעל הקרקע פי' דחשיבי כאלו נטעם הוא ואסור ליהנות מהם משום ערלה לאפוקי דכשנעקרו בגושיהן דלא מתסרי משום ערלה וחולקין דנמצא דיש לו זכות לבעל הזיתים ולא חשיבי כולהו לבעל הקרקע, משא"כ בלא גושין דחשיבי כאלו נטעם הוא ואסירי משום ערלה ולענין זה הוא דאמרינן דבלא גושין הכל לבעל הקרקע דתוך ג' בדידיה ניהו ואסירי משום ערלה ואחר שלש נמי הרי הם שלו ליהנות מהם זהו לפירש"י וחידש לנו מרן דצריך לגרוס ובנעקרו בלא גושין הכל לבעל הקרקע שאינו מוזכר בש"ס. וכמו כן ג"כ צריך נמי לאוקומיה גם לדעת הר"מ. מיהו חלוקין דלפירש"י הוי משום ערלה ובנעקרו בלא גושין אסירי, ולדעת הר"מ דס"ל דלאו מטעם ערלה הוא דחולקין אלא משום דיכולים לחיות כדפרישית לעיל ולכן כשנעקרו בלא גושים דאינם יכולים לחיות הכל לבעל הקרקע מיד והרי שלו ליהנות מהן כיון דלא מפרש לה מטעם ערלה כנלע"ד. ויש קצת סעד לדבר בפי' המשנה להר"מ אהך מתני' שס"ל כן עיין עליו.

עוד זה ראיתי לה"ה שכתב על השגת הראב"ד שהשיגו אומר אני בעל הזיתים נוטל ממנו דמי זיתיו וכו' וכתב ה"ה לזה וז"ל ואני אומר כשנעקרו בלא גושיהן ה"ז אבידה מותרת כזוטו של ים ושלוליתו של נהר דודאי בעל מתייאש מהם כמ"ש בפ"ו מה' גזילה ולפיכך הכל לבעל הקרקע מיד ואינו נותן לו דמים כלל וכו' ועיין מה שתמה עליו מרן דא"כ גם בנעקרו בגושיהן אמאי חולקין כיון שהוו כזוטו של ים הרי נתייאשו הבעלים ולא ידענא מאי קא קשיא ליה על דברי ה"ה דלדידן נמי תקשי דהא במתני' תנן שטף נהר וכו' חולקין וכיון דבשטיפת נהר היא תיקשי לן דאמאי חולקין הא קי"ל דהמציל מזוטו של ים ושלוליתו של נהר דהרי אלו שלו וזו הלכה רווחת ופסקה מרן בשולחנו הטהור סי' רנ"ט סעיף ז' יע"ש, וא"כ תיקשי נמי אליביה דאמאי תנן חולקין הלא המציל משלוליתו של נהר הרי אלו שלו, ואמאי קשיא ליה על דברי ה"ה דבלאו הכי תיקשי ליה אדידיה כאמור, וכענין זה קשיא לי במתני' דפ' הגוזל בתרא דתנן המציל מיד הגויים ומן הנהר ומן הלסטי' אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו דבשלמא בשאר בבי תינח דבעי יאוש אבל בבבא דהמציל מן הנהר אמאי תנן אם נתייאשו דמשמע דבלא אייאוש לא ואמאי הלא המציל משלוליתו של נהר התורה התירה וכדקתני בברייתא הובאה באלו מציאות אפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת יע"ש, ובעמדי בזה את זה ראיתי להמאור בריש פ' אלו מציאות אמאי דרמי' עליה דרבא דס"ל דיאוש שלא מדעת קני ת"ש שטף נהר את עליו וכו' אם נתיאשו וכו' ובתר הכי אמר ר' משום רשב"י מנין לאבידה ששטפה נהר שמותרת שנאמ' וכן תעשה וכו' ופי' עלה הר"מ ז"ל מנין לאבידה וכו' פי' היינו זוטו של ים ושלוליתו של נהר שנפלה לו האבידה באמצעית הנהר מקום שהמים שוללין בהם וכו' וכה"ג מותר אפי' שלא מדעת דרחמנא שרייא וכו' ואין דומה לזה שטף נהר קוריו וכו' שזו השטיפה אינה בשלולית כלומר באמצעיתו של נהר אלא בגדותיו ע"י רוב גשמים ואיידי דיקירי פלטי להו מיא וממנו הם אבודים אבל לא מכל אדם שאפשר שיחסרו המים כשיגיעו למקום אחר ויניחום המים ברשות אחר ע"כ, ובענין זה הודה לו הרמב"ן במלחמותיו שם, ולפי דבריו למדנו דההיא דתנן המציל מן הנהר וכו' מיירי בגדותיו של נהר והלכך בעינן דאייאוש דוקא אבל בשלוליתו של נהר ודאי דשרייא אע"ג דשמעי' דלא מייאש דהתורה התירה כיון שאבודה ממנו ומכל אדם. ועל פי זה ניחא מה שתמהתי על מרן ז"ל דאמאי קא מתמה על דברי ה"ה ולא אדידיה והוא דאמתני' דשטף נהר זיתיו דתנן חולקין היינו בגדותיו של נהר ולכך כל שנעקרו בגושיהן חולקין כל היכא דלא אייאוש, אמנם ההיא דאבדת נהר מותרת מיירי בשלוליתו של נהר ובהכי אין שום תימא. אכן על דברי ה"ה שדימהו לשלוליתו של נהר הקשה מרן שפיר כנלע"ד בויתור תמיהה זו.

א"נ נ"ל עפ"י מ"ש הטור בסי' רנ"ט המציל מן הנהר וכו' ושלוליתו של נהר הרי אלו שלו. וכו' במה דברים אמורים שאין מכשולות בנהר וכו' אבל אם יש בנהר מכשולות וכו' לא הוי יאוש, והם הם דברי התו' שכתבו כן בפ' אלו מציאות ד"ה שטף נהר וכו' כמ"ש מרן הב"י ז"ל שם יע"ש, והם דברי הש"ס דף כ"ד ההוא גברא דאשכח ד' זוזי דציירי בסדינא ושדו בנהר בירן יע"ש, ופסקו מרן בשולחנו הטור סי' רנ"ט יע"ש, דהשתא לפ"ז יש להעמיד הך מתני' דהגוזל הנז"ל דאמר אם נתייאשו הבעלים מיירי בדיש מכשולות בנהר והילכך בעי' יאוש, גם הך מתני' דשטף נהר זיתיו דחולקין איכא לאוקומא בדאיכא מכשולות. ולכן מהנהו מתני' לא קשיא ליה למרן ז"ל. אכן לדברי ה"ה דקאמר דהוי כזוטו של ים וכו' קשיא ליה שפיר דא"כ גם בנעקרו בגושיהן אמאי חולקין כיון דהוי כזוטו של ים כנלע"ד. ואיברא שדרך אגב ראיתי לעמוד עמ"ש ה"ה ריש פ"ו מה' גזילה שדבריו כעת הם קשים לפע"ד והלא המה.

כתב ה"ה ז"ל ריש פ"ו דגזילה ולא חלק הרב בינה ובין ההיא דאמרינן מנין לאבידת נהר שמותרת, וסובר דזוטו של ים ושלוליתו של נהר דוקא כשנתייאשו וכפשטא דברייתא דרשב"א וכו', ובודאי דדייק כן ממ"ש הר"מ דין ב' לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלילותו של נהר וכו' אם ידע בודאי שנתייאשו וכו' הרי אלו שלו דלמה דבכולהו חד דינא אית להו דדוקא אם נתייאשו הם שלו אבל בלא יאוש לא. זהו דעת ה"ה בדברי רבינו. מיהו לפ"ז קשיא לי תרתי, חדא שהרי הר"מ בפי"א דין יו"ד ובפ' י"ד דין ד' פסק איפכא דזוטו של ים ושלוליתו של נהר בסתמא הרי הם שלו אע"ג דלא שמעיה דמייאש והתורה התירתו. וא"כ היאך כאן פסק דזוטו של ים ושלולית של נהר דוקא בנתייאשו דנמצא תרי פסקי דהר"מ דסתרי אהדדי. תו קשה דהיאך פסק כאן דוקא בנתייאשו הם שלו והלא בהדיא אמרינן בש"ס דף כ"א ע"ב דאפי' אביי דס"ל דיאוש שלא מדעת לא קני בזוטו של ים ושלו' של נהר אע"ג דאין בה סימן רחמנא שרייא ואע"ג דלא מייאש וכדקתני בברייתא לקמן דף כ"ב ע"ב דיצאת זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אבל כל אדם וא"כ היאך פסק הר"מ

סימן ב'.

דיני פוליסה

שאלה ראובן תושב מצרים היה חייב לשמעון תושב ירושלים סך מה מלוה בשטר. לימים שלח ראובן כתב לשמעון שיקח הסך שחייב לו מאיזה סוחר הבא למצרים וישלח לו פוליסה למצרים והוא יפרע להסוחר ההוא וישליש השט"ח ביד השליש עד שיפרע להסוחר ושוב יקרע השט"ח שעליו. וכן עשה שמעון ולקח מגוי סוחר ההולך למצרים הסך ההוא והשליש השט"ח ביד לוי. וכתב לו פוליסה כמנהג שיתפרע במצרים מראובן. ויהי בדרך מת הגוי ונשתקע שמו מן העולם עד היום ונאבד כל ממונו אחרי מותו ואין לו שם ושארית בעולם, וכששמע שמעון כן שאל מראובן שיפרע לו שט"ח, וראובן משיב הלא הוגד לי את אשר עשית כי לקחת מהגוי סך חובי והשלשת את השטר ביד לוי ועכשיו שמת מן השמים זיכו לי כי בסיבת כתבי בא הריוח הזה קרע שטר חובי בקרע ב"ד, ושמעון משיב לעצמי הרוחתי ואין לך עסק בזה כיון שהגוי מסר המעות לי ואינו מכירך כי לולא שנטלתי אני המעות מהיכן היו באים לי ולא עוד אלא שאחריות הגוי אם היה נאבדה הפוליסה או איזה אונס והיה בחיים היה בא ותובע אותי כי הגוי מעולם לא הכיר אלא אותי שמסר המעות בידי ואין לך עסק בו. יורנו המורה מי הוא מהם הזוכה בדין ויבא שכמ"ה.

תשובה ריש מלין לצד עלאה. הוא יורני דעת בתורתו הנפלאה, לדון על דבר אמת וצדק להמלט משגיאה כיר"א. ואומר כי רואה אנכי השואל הזה עמוס בלשונו בטענת שמעון שמשיב שלעצמו הרויח לפי' שאחריו' הגוי עליו דאיני יודע הך אחריות מאי שיאטיה גביה אם הוא לענין אם נאבדה הפוליסה ככתוב בשאלה מאי אחריו' איכא או יחזיר לי דמיו או יתן לו פוליסה אחרת והוא יתפרע מראובן וא"כ מה הוא זה שאומר דאחריותו עליו. ופשפשתי בזה ומצאתי דמנהג בעלי הפוליסאם הוא שאם הלוך ילך עם הפוליסה ומצאו שמת ראובן או שנשבר אין לו דמים או אם שלח המעות ביני ביני לשמעון באופן שחוזרת לאחור בלי אתן דמים לוקח הגוי שנתן הדמים בעד ביטול מעותיו סך מה יותר דהיינו, אם נתן לו מאה גרוש ולא נתפרע לוקח מאה ועשרים שכר בטלת מעותיו. ואלו העשרים שלוקח יותר אין לו דין ודברים עם ראובן אשר שולח לו ולא עם יורשיו זולתי נוטלן משמעון אשר מסר הממון בידו זהו מנהג בעלי הפוליסאם הגויים וא"כ אפשר שלזה כיון שמעון במה שטוען שאחריותו עליו שהוא מעותד להפסיד עשרים למאה אם תחזור ריקן מבלי שיפרענו שמעון ואפשר שזהו שרמז השואל בטענת שמעון אם נאבדה הפוליסה או איזה אונס לרמוז על האמור, ועכ"ז ראיתי לתור בחכמה אלו העשרים למאה שנותן יותר לגוי מאי דינו אם יעמדו לדין לפנינו מי יפסידם ראובן או שמעון והיכי לידייני דייני להאי דינא, ואומר שדבר זה יש ללמוד ממ"ש בטח"מ סי' קכ"א סעיף ז' כתב רב אלפס היכא דשדר ליה כתבא לחבריה וא"ל ההוא מידי דאית לי גבך שדרינהו נהליה לא מחייב עד אבל במקום שיש מנהג למסרו ביד המביא כתב אין לנו אלא מה שנהגו וכו' ודוגמא לזה כ' הטור לעיל ס"ק א"ב יע"ש, המורם מדבריהם דבדברים אלו אזלינן בתר מנהגא, וא"כ לפי המנהג אצלנו שכשכותב לו הלוה למלוה תשלח פוליסה על שמי ואני אפרע לך חובך דמיד שמגיע הפוליסה ללוה מחויב לפרוע עפ"י כתבו א"כ כל שלא פרע הפוליסה הלוה וחזרה לאחור לסי' שמת או ששלחם לו קודם, שורת המנהג והדין נותן שכל הפסד העשרים למאה על הלוה ליהדר שהרי המלוה אומר לו לולא הכתב ששלחת לי שאוציא פוליסה עליך לא הייתי לוקח מעות הללו מהגוי וכיון שבסיבת כתבך הגעתי למידה זו ההפסד עלי דידך ליהדר כמו שכתב הרי"ף דכשכתב המלוה ללוה שדר לי וכו' ושלחו עפ"י כתבו ונאבד דלא מיחייב מכח המנהג דנהיגי תגרי למסור עפ"י הכתב, והודה לו הראב"ד בזה, מינה אנו למדין לנ"ד לחייבו בחזרת הפוליסה לאחור בכל ההפסד כיון דנהיגי להוציא פוליסה על פי הכתב וכדכתיבנא.

והרי אתה למד לפ"ז דאחריות ההפסד על ראובן הוא חוזר וא"כ צריך לתור ולדעת בטענת שמעון שטוען שאחריות הגוי עליו כי לא דיבר נכונה בזה דלפום מאי דכתיבנא · אחריותא על ראובן, ואף שאמת הוא כי הגוי אינו מכיר זולתי לשמעון שנטל ממנו מעותיו מ"מ הלא אח"כ עומד לדין עם ראובן ונפרע הימנו ובמה יזכה במעות הגוי. והיותר נר' דטענת שניהם שוה שראובן טוען אלולי כתבי שכתבתי לך בתוציא פוליסה עלי לא היית נוטל הסך הלז מהגוי הלזה ונמצא שכתבי גרם השכר הזה, ושמעון יש לו לטעון אלולי יגעתי שטרחתי ומצאתי הסוחר הלזה שהאמין אותי ומסר לי הסך הלזה לא היה מגיע לי השכר הזה ונמצא שאני גרמתי לעצמי, והואיל ובאנו לידי מדה זו דהד טעין כתבי גרם ואידך טעין יגיעתי גרמה נמצא דיד שניהם שוה ומזלא דבי תרי גרם הריוח הלזה וא"כ יש לדמותו להההיא דפ' השואל שטף נהר את זיתיו וכו' זה אומר זיתי גדלו וזה אומר ארצי גדלה יחלוקו והאריך עלה בש"ס ל"ש אלא כשנעקרו בגושיהן ובתוך שלש אבל לאחר שלש הכל לבעל הקרקע ע"כ, וערס בואי למאי דקמן אמרתי לשאת ולתת קצת מזעיר השייך בהאי סוגיא לענין הלכה מענין לענין באותו ענין כי דברי תורה כפטיש יפוצץ סלע וזה החלי בס"ד. ריש מילין הר"מ ז"ל בפ"ד מה' שכנים דין יו"ד פסק באוקמתא זו דכשנעקרו בגושיהן תוך שלש יחלוקו וכו' וסיים עלה ואם לא נעקרו בגושיהן הכל לבעל הקרקע מיד. וה"ה ז"ל שם עמד על דברי רבינו בזה וכתב אם רבינו מפרש כדברי רש"י שהגושין הם מצילין מן הערלה זה שנעקר בלא גושין למה הוא זוכה בעל הקרקע תוך שלש הלא חייב הוא בערלה א"כ נאמר שיזכה בעצים עכ"ל יע"ש. ובאמת דהדבר מוכרע כפי' רש"י דאל"ה למה תוך שלש חולקין אם לא מטעם שמצילין מן הערלה וכדמוכחא שמעתתא וא"כ לא ידענא מה נסתפק ה"ה בדעת הר"מ מאחר שהדבר מוכרע מעצמו, זאת לא זאת דהראיה יראה דחיליה דרש"י ז"ל הוא ממתני' דערלה דתנן בפ"ק אילן שנעקר והסלע עמו וכו' אם יכול לחיות פטור ואם לאו חייב ופסקה הר"מ בפ' עשירי מה' מעשר שני דין י"ב יע"ש, הרי לך דגושין מצילין הערלה וא"כ במה נסתפק הרב המגיד ז"ל, שוב מצאתי להרב כנה"ג בח"מ בהגהתו לב"י סי' קס"ח אות א' נשא ונתן על דברי ה"ה באורך יע"ש, והיה נלע"ד לומר דאפשר דס"ל לפרש פי' השמועה באופן אחר דטעם דכשנעקרו בגושיהן בתוך שלש דחולקין לאו מטעם ערלה הוא אלא משום דשיערו חכמים דכל שנעקרו בגושיהן יכול לחיות עד שלש שנים דוקא ותו לא ולכן תוך שלש חולקין אבל לאחר שלש דשוב אינם חיים הכל לבעל הקרקע. וכי תימא א"כ דיכול לחיות בגושין שלש שנים א"כ יהיה עד ג' שנים הכל לבעל הזיתים כיון שיכול לחיות ע"י הגושין ולמה חולקין, כבר הוקשה לו להרשב"א כן ותירץ וז"ל וניחא לי דאעפ"י שנעקרו בגושיהן ויכולין לחיות בהן מ"מ אינם יכולין לגדל פירות מחמת הגושין לבד ואף אם יגדלו לא יגדלו אלא פירות מועטין עכ"ל הובאו דבריו בס' אסיפת זקנים יע"ש, ומה שהקשו בש"ס ולימא ליה אי את נטעת מי קא אכלת וכו' דמשמע דמטעם ערלה הוא. לאו לקושטא קאמר לה אלא דהיה יכול בעל הזיתים לטעון כן כדי לזכות בכל ומתרץ הש"ס דאף אם יטעון כן איכה טענה משום דיכול לומר אנא זרעת סילקא

וכיוצא

דמוהר"ש בדרך את"ל אמרה ולא שהבין כך כי לא נעלם מזיו חכמתו דפי' רש"י דחוי הוא מעיקרו אלא דלא חשש לסתור ראייתן דמאחר דבלאו הכי לא זכתה הבת בכ"ד כאשר טעמו ונימוקו עמו. והואיל ובאנו לכך דפרש"י דחוי הוא ולעולם לא זכו הנולדים אפי' באומר בלשון ירושה א"כ ממילא גם בכ"ד לא זכו.

מ"מ אמינא ולא מיספקינא דבכ"ד זכו כאשר אבאר בס"ד, חדא דצריך לתור ולדעת על מאור עינינו רש"י ז"ל מה יענה לסוגיא דפ' מי שמת הנצבת לעומתו כאשר דחו התו' פירושו, והיה נלע"ד להליץ בעדו דהנה שפתיו ברור מללו דטעם דלא הוי דשלבל"ע מאחר דלא הקנה אלא לאחר מיתה דאז הבנים הם בעולם משמע הא כשהקנה להם מעכשיו דודאי לא קנו מטעם דשב"ל ומעתה אין שום תימה עליו מסוגיא דפ' מי שמת דהתם במזכה מעכשיו היא דהרואה יר' שם דף קמ"א ע"ב דמייתי לה אההוא דאמר נכסי להאי דמעברת דאמר רב הונא דהוי מזכה לעובר ולא קנה ולשון מזכה מורה שזיכה לה ע"י אחר וכדפי' רשב"ם עלה יע"ש ועלה פריך ממתני' דאם ילדה אשתי זכר ופי' רשב"ם דהיינו מזכה לעובר ודחי לה דהאי לא אוקמא כר"מ ומשני משום דלדשלבל"ע אפי' ר"מ סבר דלא קנה, והשתא י"ל דע"כ לא קאמר דס"ל לר"מ דלא קנה אלא התם דזיכה להם מעכשיו דנמצא דמהשתא היא רוצה הוא בקיום המתנה אמטו להכי אמרינן דאפי' ר"מ ס"ל דלא קנה מטעם דשלבל"ע, אבל כל שאינו מזכה לבניו הנולדים מעכשיו אלא לאחר מיתה כי ההיא דכתובת בנין דכרין ואז הזרע הוא בעולם אפי' ר"מ יסבור דקנה ולא הוי דשלבל"ע כמו שפירשו ז"ל, כן היה נלע"ד להליץ בעד רש"י ליישב הך שמעתתא כדכתיבנא.

מיהו לדידי יש לדחות פירש"י מסוגיא אחרת פ' מי שמת דף קמ"ב ע"ב בההוא דאמר לדביתהו נכסי' לבני די יהוי לי מינך. אתא בריה קשישא וכו' ואסיקנא דהנך ודאי לא קנו כיון דליתנהו וגם בריה קשישא לא קנה דהו"ל קנה כחמור ואם דפי' רש"י הרי לא הקנה להם לאחר מותו ואז הזרע הוא בעולם והאי אמרינן דלא קנו ולפי' רש"י אדרבא שניהם קנו, ולכאורה זה ודאי נר' תמיהה רבתי על פירש"י. ודוחק לומר דהתם נמי איירי במעכשיו דאין ריהטא דשמעתתא מוכחא הכי, ולא ידעתי למה התוס' לא הרגשו גם מסוגיא זו שהיא מנגדת לפירש"י, ולכן הנלע"ד ביישוב הנהו שמעתתי לדעת רש"י. והוא דיש לחלק בין ירושה למתנה דרש"י לא אמרה אלא בההיא דכתובת ב"ד דכותב לה ירתון כסף כתובתיך דעלה קאי, ודוקא בההיא דהוי משום ירושה וירושה אינה אלא לאחר מיתה ולא מחיים כלל, ונמצא דבעת דבאים לירש הרי הזרע הוא בעולם בהא דוקא הוא דס"ל לר"מ דקני ולא הוי דשב"ל, משא"כ במתנה שהרי אפשר לה לחול המתנה גם מחיים הילכך במקנה לנולדים בלשון מתנה דעתו היא שתחול המתנה מיד גם בחיים חייתו הילכך במתנה מודה ר"מ דלא קנו מטעם דשב"ל לא כן בירושה שאין לה מקום לחול מחיים כלל כאמור, והשתא הנהו שמעתתי דמתנה הם לכך לא קנו הנולדים, כנלע"ד ביישוב דעת רש"י ז"ל.

ונמצא שדינו של רש"י שריר וקיים, וגם מוהר"ש לקושטא דמלתא אמרה דס"ל בעד רש"י כדאמרן, אמנם ירא אנכי להורות כן כי מאחר שהתו' דחו פירושו מאן ספין לפסוק ולחלוק עליהם ומה גם שמוהר"ש ז"ל יכולים אנו לומר דבדרך את"ל אמרה ולא לקושטא דמלתא כנז"ל.

אכן אחר העיון היטב נ"ל דכל כיוצא דכ"ד ונדון דמוהר"ש גם התו' מודו דלא הוי מקנה דשלבל"ע דע"כ לא נחלקו התוס' על רש"י אלא בההיא דכתובת ב"ד דכותב לה ירתון כסף כתובתיך יתר על חולקהון דעם אחוהון דנמצא שאינו משוה אותם בירושה שיירשו עם אחיהם חלק כחלק אלא רוצה לתת להם חלק נוסף שיירשו כתובתה דנמצא דאותו החלק הנוסף הוא מדין מתנה שנותן להם יותר מאחיהם הילכך חלקו התו' על רש"י דס"ל דלא הוי לדשלבל"ל דליתא דלענין מתנה הרי ר"מ ס"ל דלדבר שלבל"ע לא מהני והכא נמי בחלק הנוסף שנותן הוי מתנה ולכן חלקו על רש"י וס"ל דלא קנה, אמנם בנדון מהר"ש שהשוה את הנולדים שיטלו חלק כחלק בירושה עם אחיהם הראשונים כיון דירושה לא הוי אלא לאחר מיתה ואז הנולדים הם בעולם. גם התו' יודו דקנו הנולדים ואין זה מקנה לדבר שלבל"ע ובזה עלו ובאו דברי מוהר"ש מוסכמים להלכה לכ"ע ואפי' לדעת התוס' דחולקים כדבר האמור.

אמור מעתה דזכינו לדון בכ"ד שכתוב ונחלתם תהיה לה ולבניה שהשוה את כל הנולדים בנחלה חלק כחלק דבאנו לדין מוהר"ש הנז' שהעלה דלא הוי דשבל"ע כטעמו ונימוקו ה"ה והוא הטעם בכ"ד דקנו הנולדים לאחר מותו הירושה ולא שייך בזה דין מקנה לדבר שלא בל"ע.

ומאחר עלות בכ"ד דקנו הנולדים הרי נתבטלה טענת מורשה הבנות במה שטען כיון שתלה זכייתה עם הבנים כשם שהבנים לא קנו דהיא נמי לא קנתה דלפום מאי דכתיבנא טענה זו מבוטלת הבטל והרי היא כחרס אין בה ממש, ובמה שטענו מלשון הכתוב ונחלתם תהיה לה דלא שייך לגבי דידה לומר לשון נחלה הרי מלשון מוהרי"ל שהביא מרן כנז"ל מוכח דפלגינן דיבוריה ולגבי יורשים הוי בלשון ירושה ולגבי דידה הוי לשון מתנה, והנה במ"ש ונחלתם תהיה וכו' לשון תהיה על מי שאינו ראוי ליורשו הוי לשון מתנה כמ"ש הטח"מ סי' רנ"ג ס"ק י"א שכ"מ שאמר וכו' והשיב להם למי יהיו וכו' אם הוא ראוי ליורשו וכו' ואם אינו ראוי ליורשו זוכה משום מתנה וכו' יע"ש. הרי דלשון יהיה ליורש הוי לשון ירושה ולאחר לשון מתנה הוי. וכ"כ מוהרש"ך ח"ג סי' כ"ד. ועיין בהרב המאסף בטח"מ סי' רנ"ג אות כ"ח שהביא בשם מהר"א גאליקו שכתב דאפילו בבריא לשון יהיה הוי לשון מתנה יע"ש. גם מוהרי"ט בשניות חח"מ סוף סי' ה' כתב וז"ל ועוד דלשון יהיה לשון מתנה הוא דכתיב והיה לאהרן ולבניו ובשרם יהיה לך וכולהו מתנות מיקרי דכתיב ואני הנה נתתי לך את משמרת תרומותי וכו'. ועוד בההיא דאמר נכסי לך ולבניך אמרינן קנתה מחצה ומייתי לה מדכתיב והיתה לאהרן ולבניו ותניא מחצה לאהרן ומחצה לבניו אלמא לשון מתנה דייני' להו עכ"ל יע"ש. ולא ידעתי למה מוהרי"ט ז"ל לא הודה בכ"ד דגבי היורש הוי ל' ירוש' ולגבי הבנות הוי לשון מתנה. ולמה מוהרי"ט לא נסתייע בזה מדברי מוהרי"ל שהורה כן דלשון יהא לגבי בן הוי לשון ירושה ולגבי בנות הוי לשון מתנה. ומכאן ראיה חוזכת לנדון מוהרי"ט וא"כ לא ידעתי למה העלים עיניו מזה וכעת נל"ת, איך שיהיה הדר דינא שדעת כל הפוסקים מסכמת דלשון יהיה הוי לשון מתנה.

ומעתה יש לדון בכ"ד שכתוב ונחלתם תהיה לה ולבניה דכיון דלשון תהיה הוי משמע לתרי אנפי לשון ירושה לגבי היורש ולשון מתנה לגבי אחר לדעת מוהרי"ל שזכרנו, א"כ גם בכ"ד יש לפרש דבריו דלגבי דידה לשון תהיה הוי לשון מתנה ולהחזיקה במתנתה נתכון, ולגבי בניה שהם היורשים לשון תהיה הוי לשון ירושה כדקאמר ונחלתם תהיה דהיינו לשון ירושה, מיהו פלגינן דיבוריה ולגבי דידה אינו אלא לשון מתנה לחוד ולמתנה איכוין להחזיקה בשופי שתהא מוחזקת בדירת הבתים כל ימי עולם מיהו לבניה הוי לשון ירושה ולהכי מסיים יחלקו האחין בנחלה כדת ודין, ובזה עלו ובאו כל דבריו חזקים כראי מוצק וזכתה האשה במתנתה כל ימי עולם.

ישראל מאיר מזרחי.

הכותב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרו' וכו' והמה וא"ת והא פסקי' כריב"ב דאמר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין ולזה הביא תירוץ רשב"ם ותירוץ ר"ח שתירץ שני תירוצים הא' דהתם באומר והכא בכותב, ותירוץ הב' דהכא מיירי בכל הנכסים וריב"ב לא אמר אלא כשריבה ומיעט, ועל שניהם תמה הרא"ש מההיא דפ' מי שמת ממימרא דרב הונא בש"מ שכתב כל נכסיו לאחר אם ראוי ליורשו נוטלו משום ירושה וכו' אלמא בכל הנכסים ובכותב נמי לא אמרינן דעשאו אפוטרו' ולתירוץ רשב"ם ניחא וכו' עד ומלינו למימר דרב הונא איירי בבת בין הבנות וּבאח מן האחין אבל בבן בין הבנים עשאו אפוטרו' וכן אוקמה רב אלפס עכ"ל הרא"ש. והנה מוהרי"ל ז"ל הבין דמ"ש הרא"ש ומלינו למימר וכו' לאו סברא דנפשיה היא אלא בא לתרץ על מה שתמה על תירוץ ר"ח מההיא דרב הונא כנז' ותירץ דההיא דרב הונא בשאר יורשין היא וליישב תמיהת ר"ח אמרה ולא סברא דנפשיה ולכן השיג על הטור וכתב ששגג במה שהבין שהיא כ' הרא"ש ופסקה להלכה ולמעשה דבבן בין הבנים הוי אפוטר', וליתא כי ליישב דברי ר"ח אמרה ולא הוי סברא דנפשיה זהו כונת השגת מוהרי"ל לכל מבין.

ואני בעניי אחר המחילה רבה מעלמות מוהרי"ל נ"ל דאין כל הקילפין הזה כדאי לכל הבזיון הזה להשוותו טועה לרבינו בעל הטורים יאדרבא איפכא מסתברא יען דילע"ד דהעיקר הוא כסברת הטור דס"ל דהך שינויא היא דעת הרא"ש ולא ליישב דברי ר"ח אמרה, והכרח לזה דאם איתא דליישב דעת ר"ח אמרה אכתי לא נתיישבה תמיהתו מעל ר"ח דאף אם נאמר לדעת ר"ח שדברי רב הונא היא בשאר יורשין אבל בבנו הוי אפוטרו' א"כ היכי פריך רב נחמן עליה ולימא הלכה כריב"ב דמאי פירכא הלא רב הונא אתא לאשמועי' רבותא דהגם דבכותב כל נכסיו לבנו הוי אפוטרו' בשאר יורשין אין הדין כן אלא נוטלן משום ירושה וא"כ היכי מלי למימר הלכה כריב"ב הא ריב"ב לא דיבר אלא בריבה ומיעט ואי הוה אמר הלכה כריב"ב הוה אמינא דוקא בריבה ומיעט הוא דדבריו קיימין אבל בכותב כל נכסיו ל"ש בנו ל"ש שאר יורשין דין א' להם דלא עשאן אלא אפוטרו' אמטו להכי איצטריך רב הונא לאשמועי' רבותא דבשאר יורשין נוטלן משום ירושה ול"ד לבן בין הבנים כאמור, אלא ודאי מדפריך ולימא הלכה כריב"ב אית לן למימר דס"ל לש"ס דרב הונא לא שאני ליה בין בן בין הבנים לשאר יורשים דבכולהו נוטלין משום ירושה, והנה כי כן היאך נתישב בזה תירוץ ר"ח דאכתי הרואה יראה דתמיהת הרא"ש עליו קימת, תו קשה דאם כונתו ליישב דברי ר"ח אכתי יקשה דל"ל לר"ח למהדר אשינויי אחריני ולאוקומי ההיא דשמואל בכותב או בכל הנכסים הו"ל לשנויי דההיא דשמואל בבן בין הבנים בדוקא היא ולא בשאר יורשים ודברי ריב"ב בשאר יורשין היא, ומדלא נקט ר"ח תירוץ זה ש"מ דלא ס"ל לחלק כן, ומכח אלו ההכרחיות דייק לה הטור דתירוץ זה של הרא"ש לא קאי על ר"ח אלא אליבא דנפשיה קאמר ליה לתרץ עיקר התמיהה שתמהו על דברי שמואל עם דברי ריב"ב דהלכתא כותיה, באופן שתירוץ זה היא סברת עלמו, וכן מוכח עוד מריהטת דברי הרא"ש ז"ל שאחר תירוץ זה כתב ועוד מלינו לומר דהא דקאמר ריב"ב וכו' אלמא דתירוצו הראשון סברה דנפשיה הוא. ומכח כל זה סמך הטור על זה להלכה ולדקו דבריו שדקדק בדברי הרא"ש אביו ובאותיותיו כדבר האמור כנלע"ד להלדיק דבריו ולהסיר תועה מעליו ודוק.

הדרן למאי דאתינא עלה ללמוד לנ"ד דהא מדברי מוהרי"ל הנז"ל בלשון יהא שהוא בדיבור א' ואפ"ה דן את הדין לומר דפלגינן דיבוריה ומפרשינן לה לגבי ברתא לשון מתנה ולגבי בניו לשון ירושה אע"ג דזכייתן בדיבור א' נאמרו, דון מינה מכ"ש לנ"ד שכתב ונחלתם תהיה לה ולבניה דשפיר פלגינן דבריו ואמינא דלבניו כיון לזכותם בלשון ירושה ולא שהעמיד בזכייתה מדין מתנה ככתוב בדברי מורשה האלמנה יל"ו, ומלבד שדבריו אינם לריכין חיזוק כ"ש שמלאנו לו אילן גדול ליטען עליו הוא מוהרי"ל ז"ל. אכן הואיל ובאנו לידי מדה זו שכונת ראובן היתה לחזק זכיית האשה ולא בא לגרוע אלא זכיית בניה שיחלקו בנחלה עם האחין אמנם היא כדקאי קאי א"כ נמלא דהיא קנתה מחלה והשתא לא הלי זכייתה בזכיית הבנים מאחר שאין הזכיות שוות דלבניה מדין ירושה והיא מכח מתנה. וכיון דלא תלי זה בזה א"כ היא ודאי עומדת בזכייתה בדירת הבתים וזכתה במחלית הדירה כנגד כל הבנות וזהו שדייק המורשה יל"ו לומר וז"ל ולאחר מותו תחזיק בשלה זכייה גמורה לכל דבר שאין לה שותפות כלל ע"כ, כונתו בזה שבא להפוקי שלא נאמר שתטול מחלה כפי חלק הנוגע לבתה דהיינו מחלית השליש וכאשר זכרנו לעיל מזה, לאפוקי מזה כתב דהשתא אין זכייתה תלוי בבניה אלא זכייה באפי נפשה היא וכיון שכן היא נוטלת מחלה כנגד כל הבנות וזכתה במחלית דירת כל הבתים לכל דבר ולכל הנאות המגעות זהו כונת דברי המורשה יל"ו כי נעמו, כל זה ראיתי לתור בחכמה בדברי המורשה הנז' של האלמנה יל"ו עפ"י סדר אמרותיו הטהורות.

אמנם אני בעניי נ"ל לענין דינא כי במה שטענו מורשה הבנות דמאחר שתלה זכייתה עם הבנים כשם שהבנים לא זכו משום שאינם בעולם גם היא לא זכתה. בנ"ד אין שייך ענין זה מכמה פנים הנראים, זה ילא ראשונה מתשו' מוהר"ס שהובאה במרדכי פ' מי שמת וז"ל נשאל לר"מ על עסק אדם שיש עדים שהתנה עם בניו הראשונים קודם שנשא אשתו השניה שכל בנים שיולדו לו ממנה יירשו חלקם בשוה עם הראשונים ולא נולד לו כי אם בת אחת, אם זה נקרא אומד הדעת שתקח הבת בשוה, והשיב ז איננה לריכה לפנים חדא דבת איננה בכלל בנים דתקן וכו' עד ועוד אפי' את"ל דכה"ג לא שייך למימר אין אדם מקנה דשלב"ל כמו שהבאתם ראיה מפ' יש נוחלין דדחי דשאני הכא דקא מפיק ליה תנא בלשון ירתון ופי' רש"י כיון דלא מקני להו מהשתא מידי אלא לכשימות ואז יורשים כבר בעולם ולא איקרי דשלבל"ע ה"מ בן בין הבנים עכ"ל לעניננו הרי דלא דחה מוהר"ס פי' רש"י אלא דוקא בנ"ד שהיתה בת בין הבנים הא אי הוה בן בין הבנים או בת בין הבנות דהכל יורשות בשוה ודאי דאזיל ומודה דלא מיקרי לדשלבל"ע מטעמו של רש"י ז"ל שנאן כיו דלא איקני להו מהשתא, ומעתה עפ"י דינו של מוהר"ס הדר דינא דבנ"ד שכתוב ונחלתם תהיה לה ולבניה דהקנה לנולדים בלשון נחלה א"כ תו ליכא משום דבר שלבל"ע כיון שלא זיכה להם מנכסיו אלא לאחר מותו ואז היורשים הם בעולם וכטעמו של רש"י ז"ל ימאחר דבנ"ד קנו הבנים כיון דהוי בלשון ירושה, א"כ גם היא קנתה ולא שייך בנ"ד פלוגתא דרב נחמן בענין קני את וחמור מאחר דגם הנולדים קנו בנ"ד כאמור, ואיברא דיש לדוחה לדחות דאין מדברי מוהר"ס ראיה לדון בנ"ד דזכו הנולדים מטעם ירושה דנר' דמוהר"ס לא אמרה למלתיה בדרך את"ל ולאו לקושטא דמלתא דהגם שהביא פי' רש"י, מ"מ הריאה יר' דהתו' ז"ל בפ' יש נוחלין דף קל"א ע"א ד"ה וש"מ אפי' בבריא וכו' בסוף הדיבור הביאו פירש"י שהביא מוהר"ס ודחו את דבריו וז"ל ואין נר' דברים מי שמת אמרינן אימור דשמעת ליה לר"מ וכו' אע"ג דכשילדה כבר העובר בעולם ע"כ, הנה כי כן איך יעלה על דעת דמוהר"ס ז"ל אישתמיט מיניה דחיית התו' שדחו פירש"י מכח ההיא דפ' מי שמת שהוא תלמוד ערוך אלא ודאי עכ"ל דמוהר"ס

יטעה הרואה בכונת חילוקו אמרתי לבאר דבריו דפשיטא ודאי דבענין אולדי וואקוף אין לבטל קניית הנמצאים בעת ההיא מכח הנולדים דב' קניות נינהו כמ"ש בסי' ה', מיהו מה שקרא ערער בסי' ו' הוא מה"ש ואחרי בנו לבניו ולבנותיו של בנו הנז' דנמצא דכלל כל בנות בניו בחדא דיבור וחדא זכייה והלכך מתוך שהבת שלא נולדה עדיין לא זכתה ה"ה לבנות שהיו אז כיון דלכולם הקנה בחדא הקנאה. משא"כ בנדון ג' שהקנה לבנות שהיו לו כבר בדיבור א' ולבנות שיולדו בדיבור אחר דפלגינהו בהקנאתו בתרי מילי א"כ ודאי דב' קניות נינהו והנמצאות קנו ולא תלו זה בזה והחילוק ברור בדבריו לכל מבין. ולהסיר תופה מעין הרואה הוצרכתי להאריך בדבר הנראה לעינים בחילוקו הבהיר והוא פשוט, אלא שראה ראיתי בהא דהוולאדי ואקוף שהרב מוהרש"ח סי' י"ז העלה דלא קנו מטעם קני את וחמור. והרב פ"מ בח"ב סי' י"ד ובסוף סי' כ"ה חש לדברי מוהרש"ח בענין אולדי ואקוף ונגנע לו בראשו לענין מעשה כאשר יראה הרואה, וא"כ נמצא דהגם דמוהרי"ט העלה דזכו אין ללמוד מדבריו מאחר שהפ"מ חש לענין מעשה לדברי מוהרש"ח ונמצא דמשם אדרבא תברא לנ"ד דלענין מעשה מידי פלוגתא לא נפקא.

גם בח"א סי' ל"ד העלה כן יע"ש דף רל"ט ע"א.

מ"מ נ"ל דאף לדעת הפ"מ יורה יורה דבנ"ד קנתה מחלה והוא דע"כ לא חש הרב אלא מטעם אוולאד ואקוף דכללן בדיבור א' דלשון אוולאד כולל בין לנמצאים בין לנולדים והילכך הואיל ובחדא דיבור זיכה אותם העלה לחוש לס' מוהרש"ח משא"כ בנ"ד דזיכה בב' דיבורים לה ולבניה כל כי הא גם הפ"מ יורה יורה ידין ידין דכיון דשתי זכיות נינהו לא תלו זה בזה וקנתה מחלה לדעת הכל ואפי' לדברי מוהרש"ח וזה ברור לכל מבין.

באופן דזכינו לדין בנ"ד דלדעת הכל קנתה האלמנה מכח דשתי הקנאות הן וכמו שטען מורשה האלמנה יצ"ו וליבא מלתא וקשוט כאשר הוכחנו, נוסף ע"ז כ"ד אישתני למעליותא שהרי זיכה אותה לבדה מקדמת דנא לדור בהם היא והוא כל ימי עולם דנר' מזה שנתן לה יפוי כח לזכות בדירה כל הימים אף אחרי מותו כאשר הוכחנו לעיל לדעת הכל, ואף דלעיל הורענו כחה ממאמר ונחלתם וכו' כמוגג לעיל אין זה גריעות כח וכמו שנבאר לקמן בס"ד. ומשמעות הזיכוי ההוא אינו לדירה ממש אלא גם כל הנאות הנוגעות בבתים כגון להשכיר וכיוצא במשמע וכמו שטען מורשה האלמנה, החזיק דבריו מתשו' מוהר"א ששון שהובאו דבריו בס' מקור ברוך סי' ס"א שהוכיח בראיות נכוחות על המקנה בית לחבירו לדירה דה"ה לכל פירות קאמר ולאו דוקא דירה והוכיח כן מדברי הר"מ ותלה עצמו באילן גדול הוא הנשר הגדול הרשב"א סי' אלף קמ"א גבי משייר לעצמו דירה דלאו דוקא דירה אלא ה"ה לכל הנאות קאמר והגם שקרא ע"ז ערער דשאני במשייר משום דכל דמשייר בעין יפה הוא משייר, מ"מ הרב שם הוכיח במישור דבנותן דירה שאני דכ"ע מודו דהכל בכלל יע"ש, ומינה לנ"ד דודאי כל הנאות הקנה לה מכמה טעמי חדא שכתב לדור היא והוא והשוה כחו לכחה וכי היכי דלגבי דידיה לאו דוקא דירה אלא כל הנאות בכלל ה"כ לה כל הנאות בכלל, ועוד כמ"ש מורשה האלמ' דנ"ד עדיף טפי שהם בתים נפרדים ואין אדם דר בשני מקומות והדין עמו בזה. לכן הא קא חזינא תיובא בדברי המורשה במ"ש ותו דבר מן דין הוא חייב בדירתה כונתו בזה נר' דמכאן ראיה דכל הנאות הקנה לה משום דאי דירה דוקא לא צריכה למימר דפשיטא שתדור עמו שהרי חייב בדירתה אלא ודאי כל הנאות קאמר, ואני אומר אחר המחילה דאי מהא לא איריא דאיברא דהוא מחייב בדירתה אבל צריך הדבר לאומדו מתרי טעמי חדא דמי יימר

שתהיה הדירה בבתים הללו הלא יכול לדור הוא בבתים אחרים ולהשכיר הבתים שלו להקרבת התועלת, ולכן הוצרך לומר שדוקא בבתים הללו יהיה הדירה ולא ישכירם לאחר. ועוד דלאפוקי גרתה שאם תהיה חובקת בן תשם שמא תדור צרתה בבתים הללו והוא והיא ידור במקום אחר לכך אילטריך להקנות לה דירת הבתים לאפוקי מצרתה וכמ"ש בדברי תנאו המוצג בכתובה וכיון שכן אין מזה ראיה שהקנה לה כל הנאות אלא דוקא הדירה לחודא הקנה לה ותו לא ונמצא דמצד זה אין מזה ראיה כאמור. אכן מהתרי טעמי אחריני הדין עמו וטעמו ונימוקו עמו שכל הנאות הקנה לה כאמור ושפיר ומאמר ונחלתם שכתב מורשה האלמנה שהם ב' כוחות ולהכי קרינא נחלה להורות דכחו ככחה כעת לא ידעתי מי גילה לו רז זה דכל לשון נחלה סתמית על ירושה נאמר ומ"מ מאחר שהדבר יצא מפה קדוש אין בי כח לחלוק עליו מכח הסברא, ברם הא מיהא ארווחנא דבנ"ד שכבר זיכה אותה לבדה מקדמת דנא בדירה ודאי דלית דין צריך בשש דכל כי הא הכל מודים דזכייתה היא זכייה בפני עצמה ואין תלוי זכייתה עם זכיית הבנים ובנ"ד אפי' מאן דלא פסק כרב נחמן בעלמא בנ"ד כ"ע יודו דקנתה מחלה כמו שהאריך המורשה בלשון הזהב אשר לו במעט מחזיק את המרובה ודינו דין אמת לאמיתו וה' עמו שהלכה כמותו.

ברם ראיתי עוד להשתעשע בדברי מורשה האלמ' יצ"ו ובדברי קדשו כתוב למר וז"ל המוצג לפנינו, ותו דיש מקום לומר דראובן לא הוציא דבריו לבטלה להקנות למי שלבל"ע. אלא הכונה ונחלתם תהיה לה ולבניה הא כדאיתיה והא כדאיתיה לאשה שתעמוד בזכייתה ככחה אז כחה עתה ולבניה שיירשו כחו ומאחר שהוא מכח ירושה קונים הבנים שיולדו ע"כ, וצריך אני למודע' במ"ש דפלגינן דיבוריה דלבנים הוי מדין ירושה ולאשה תעמוד בזכייתה, דלכאורה ראוי לתור ולדעת אם מקום מוצא דבר זה ואיברא דגבי איסורא אשכחן דכותה כמו פ' רבעו לאנסו דפלגינן דיבוריה, מיהו התם שאני דאין אדם משים עצמו רשע. גם הרשב"א בסי' תקנ"ב העלה כן לענין שאם הודה החשוד יע"ש, אכן אין ללמוד משם לממונות חדא דהתם איכא טעם לדבר, ועוד דממונא מאיסורא לא ילפינן. ולכן חיפשתי לדעת אם נאמר כיוצא בזה גם בממונות, ואת זה מצאתי למרן הב"י בח"מ סי' רנ"ג אות י"א וז"ל ומוהרי"ל כתב בתשו' וז"ל בלשון הצואה כתוב יהא לבני וכו' ואין זה לא לשון מתנה ולא לשון ירושה וכו' עד לענין הבנים אע"ג דמפרשי' ליה לגבי בן בלשון ירושה נלע"ד דפלגינן דיבוריה ומפרשי' ליה לגבי ברתא בלשון מתנה כיון דתרי לישני משמע מפרשינן לכל חד כדי ליפות כחו כדחזי ליה כי היכי דאמרינן בנו ואשתו ואחר בנו או אשתו משום אפוטרו' ואחר משום מתנה ה"נ הכא עכ"ל לענייננו.

ודרך אגב ראיתי לדבר דבר בתשו' מוהרי"ל הלזו כי הרואה יראה שתמה שם מוהרי"ל עמ"ש הטור שם אבל אם הוא בנו לא עשאו אלא אפטרופא דמנ"ל הא דלשון יהא שקול הוא ואפשר לפרשו לשון ירושה ואפשר לפרשו לשון מתנה. וכיון שכן נימא שהוא לשון ירושה ולירושה נתכון ולא לאפוטרופוס וא"כ מנ"ל להטור לומר דבבנו הוי לשון אפוטרופוס והאריך בתמיהא זו ולבסוף כתב דראית הטור היא ממ"ש הרא"ש ההיא דרב הונא נוכל לאוקמי בשאר יורשין אבל בן בין הבנים הוי אפוטרו' וכו' דההיא סמך הטור וכתב כן ולעד"ן ששגג בזה כי הרא"ש לא כתב כן אלא לתרוצי ר"ח והרי"ף שחלק בין אומר לנותן ופי' כל לרבא אבל לרשב"ם מיושב בבן בין הבנים כמ"ש ואגב חורפיה לא עיין בה עכ"ל מוהרי"ל יע"ש. ובודאי שכונת השגתו על הטור היא שהרא"ש פ' יש נוחלין דף כ"ו ע"ג הביא הך מימרא דר"י אמר שמואל

ליה דהא כיון דאין אחיות מקודשות כלל הוו להו נכריות את וחמור ומ"ש אומר כולכם לאו' אחת מכם. ואני בעניי תמיהתו השניה לא מצאתי לה מקום שתחול דהא שנא ושנא דבשלמ' באומר כולכם שרוצה לקנות כולם אמרי' כיון בכלל קנייתו הן האחיות ואינן קנויות לו ג"כ לא קני מטעם הו"ל קני את וחמור כיון דרוצה לקנות כולן כא', אבל באומר א' מכם לא הוי את וחמור, משום דאין רצונו לקנות את כולם אלא א' מהם וגהי דאין אחיות מקודשות משום חשש איסור ערוה מ"מ גבי נכריות חיילי בהו קידושין ולא הוי את וחמור דהא אין רצונו לקנות נכריות ואחיות כא' אלא א' מהם קאמר וכמו שפי' רש"י שם בש"ס יע"ש, ואם כן תמיהה זו של הראב"ד לא ידעתי לכאורה מה טיבה, דבשלמא אם היה מקשה דבאומר א' מכם הו"ל כאומר קנה כחמור דלא קנה, ה"נ באו' אחת מכם נמצא שבכל אחת מהם רצונו לקנותה כא' מן האחיות והו"ל קני כחמור א"כ ודאי דתמיהתו היתה תמיהה. אבל ממה שמדמה אותו לאת וחמור בזה אין דמיונו עולה יפה דנהי נמי דלגבי הנשים המתקדשות שהם הנקנות לו שייך שפיר לדמותו לאת וחמור אפי' באומר אחת מכם דכיון דבכל א' מהן איכא לספוקי שמא לזו נתכון לקדשה וכיון דבכללה הן האחיות שאין בהן חלות קידושין משום אחות אשה א"כ גם לגבי נכריות לא יחולו הקידושין משום דהו"ל את וחמור לגבייהו שהן נקנות לו ושפיר. מיהו הכא ריהט' דשמעתת' מוכחא דעיקר מאי דמדמה לקני את וחמור הוא לגבי הקונה שהוא הבעל הרוצה לקנותם ולקדשם לא לגבייהו הנקנות לו וכיון דבתר דידיה אזלינן. תו באומר א' מכם ליכא למא דאת וחמור כלל כיון שאין רצונו לקנות אלא א' מהן וא"כ תמיהה זו של הראב"ד לא יכולתי להולמה. ולמצוא מנוח שתחול תמיהתו אמרתי דאפשר עפ"י שיטת תוספות רי"ד שכתוב וז"ל קני את וחמור הוא פי' אעפ"י שאין כאן שני קונים הוא וחמור אלא שני נקנים הנכריות והאחיות מ"מ מינה ילפינן כמו שאין אדם קונה עם החמור כך אין דבר נקנה עם מי שאינו נקנה וכו' יע"ש. דהשתא לפי' זה נמצא דמאי דמדמי' ליה הכא לאת וחמור' לענין הנשים הנקנות הוא ולא לגבי דידיה, ולפ"ז פריך שפיר הראב"ד דא"כ גם באו' אחת מכם הו"ל את וחמור דלגבי הנשים הנקנות לו את וחמור הוא כדאמרן ונמצא לפ"ז דשיטת הראב"ד כשיטת תוס' רי"ד היא דבזה תפול תמיהתו בעלם, מיהו אכתי לא ימלט מן הדוחק דמנ"ל לפרש כן כדי לתמוה דהי"ל לתרץ דלפי פירש"י תו לא קשיא כלל, תו דהרואה יראה דגם תוס' רי"ד לא שמו פי' זה לפנה ולמוסדות והרי פירשו עוד פי' אחר כאשר יראה הרואה, ולכן העיקר אצלי בכונת תמיהתו שהוא היה גורס בש"ס כגירסה אשר לפנינו בדפוס גמרות הריטב"א שכתוב בה ס"ד אי דאמר כולכם וכו' אלא לאו דאמר כולכם וא' מכם וגירסה זו הובאה בדברי הרב המגיד פ"ט מה' אישות כאשר יראה הרואה, ולפי גירסה זו ודאי דתמיהת הראב"ד תקיפה טובה דהוי את וחמור מאחר באומר כולכם וא' מכם כנ"ל יותר נכון בכונתו עפ"י גירסה זו ודוק.

עוד נ"ל לקיים תמיהת הראב"ד אף לגירסה דגרסי' אלא לאו דאמר א' מכם והוא דבאו' א' מכם דומה לקני את או חמור וס"ל דלמ"ד דקני את וחמור לא קנה מכ"ש בקני את או חמור דלא קנה דלרבותא נקט קני את וחמור דאפי' דקנייתו מבוררת דהא אמר קני את וחמור ואיכא למימר דב' קניות הן ולא תלו זה בזה אפ"ה ס"ל דלא קנה כ"ש באומר את או חמור דאין קנייתו מבוררת דפשי' ודאי דלא קנה ולא צריכה למימר, ולפ"ז מקשה שפיר הראב"ד דלמ"ד קני את וחמור לא קנה א"כ גם באומר א' מכם דגריעא מינה דהו"ל קני את או חמור דפשיטא דלא קנה וא"כ היכי מוקמי' לה באו' אחת מכם אכתי קני את וחמור הוא כלו' דמינה נפקא דמכ"ש באת או חמור דלא קנה כן נר' לי בביאור תמיהתו הגם שדבריו אין מורין כן יש לנו לידחק בכונתו כאמיר. ומכח תמיהותיו תירץ דכי אמרינן קני את וחמור קנה מחצה, הייטו היכא דאמדינן דעת הנותן שטעה וסבור שאין כאן חמור כולהו קנו, אבל היכא שהמקנה יודע שהא' חמור ואינו ראוי לקנות ודאי לא קנה שדעתו שיקנה כחמור ומשטה הוא בו וכו' יע"ש. ומה שיש לעמוד בכונת תירוצו ולתרץ מה שתמה עליו הריטב"א עיין במוהרי"ט ח"מ סי' כ"ב שהאריך הרחיב למעניתו לבאר כל פרטי דבריו יע"ש באורך.

אבן הריטב"א ז"ל שם חילק בענין אחר דשאני התם שמחלק בלשונו מקבלי המתנה שאמר לך ולבניך ולא טרבינהו בזכייתם אמרינן דאע"ג דהאי לא קני קני אידך אבל כשמערבן כולן בלשונו ואו' נכסי לכולכם הרי עירבן ואין דעתו שיקנה זה בלא זה. תדע שאלו אמר להרבה בני אדם נולדים נכסי לכולכם וקנו חולקים בשוה ואילו אמר לא' מהם נכסי לך ולאלו הוא קנה מחצה ואידך כולהו פלגא כדנפקא לן מוהיתה לאהרן ולבניו אלמא כשאומר בלשון זה אינו עושה אותם שותפים ואין מתנתו של זה מעורבת בשל זה ולהכי אמרינן בשמעתין וכו' יע"ש. הרי לך דמה שהשיב מורשה האלמנה דבאומר נכסי לך ולבניך די יהוו לך מינהי' דהן שתי קניות וקנתה מחצה. ולפ"ז יצא לדון בנ"ד שאמר ונחלתם תהיה לה ולבניה דב' קניות הן והיא קנתה מחצה, דיפה דן ויפה השיב ורוח ה' דבר בו ויש לו אילן גדול להשען עליו הוא הנשר הגדול הריטב"א ז"ל שחילק כן, גם מדברי הר"ן שם בשמעתא דקידושין הוכיח כן דב' קניות הן ולא תלו זה בזה אלא מי שיש לו יד יזכה ומי שאין לו יד לא יזכה כאשר יר' הרואה לשם, וגם הם סעד לתשו' מורשה האלמנה, גם לפי חילוק הרא"ש והרב המגיד שחילקו בין מפיק להו בתרי מילי להיכא דאפיק בחדא מלה כנז"ל, לפי חילוקם גם בנ"ד הא אפיק להו בתר מילי שכתב לה ולבניה, וא"כ ודאי דקנתה מחצה ונמצא דלדעת הכל בנ"ד קנתה מחצה אכן לפי חלוק הראב"ד שחילק בין היכא דטעה וסבור שהחמור קונה דאז הוא דקנתה מחלה משא"כ היכא שהמקנה יודע שהחמור אינו קונה דאז לא קנה מטעמא דהשטאה כנז"ל דאם באנו לחוש לחילוקים זה. הדבר יוצא דבנ"ד דראובן זה אשר הקנה היה בקי בחדרי תורה ופקיע ומומחה כנודע לעיני כל ישראל. ואפ"ה הקנה לה ולבניה ודאי דלא שייך ביה לומר דטועה היה בדעתו וסבור שהנולדים יקנו דחלילה לו לתלות בו טעות כזה וא"כ איכא למימר דמשטה הוא בה ולא קנתה לדעת הראב"ד. מ"מ אף לדעת הראב"ד כיולא בנ"ד שהיתה מתנה בקנין ובשבועה יודה דלא שייך טעמא דהשטאה וכאשר האריך בדבר זה מוהרי"ט בח"מ סי' כ"ב והעלה כן להלכה ולמעשה כאשר יראה הרואה שם באורך וברוחב יע"ש, גם בח"מ סי' ה' בענין אוולדי וואקוף כתב ז"ל ויש שאמרו כיון שיש בכלל מתנה זו הבאים אחריה וכו' אף בנות אלו שהם עכשיו בעולם לא יקנו דהו"ל כמו קני את וחמור וכו' ולבסוף עלתה הסכמתו דלדעת הכל לא נתבטלה זכית בנותיו בשביל זכות הנולדים יע"ש בהרחבה.

ואיברא דלכאורה יש לגמגם בזה ממ"ש מוהרי"ט עלמו בח"מ סי' ו' סמוך לאיתה תשו' בענין אוולאדי וואקוף ז"ל ועוד יש רעותא אחריתי במתנה זו שהוא הקנה לכל בנות בנו וכו' ונכללו בזה בנים אשר יולדו וכו' כגון בת אחת שנולדה וכו' וכשם שהיא לא זכתה אף אחיותיה לא זכו מטעם קני את וחמור. והרב ז"ל נרגש ממ"ש בתשו' הקודמת שזכו והוא ז"ל חילק ביניהם דשאני התם שתולדותיו כולם היו בעולם וכו' עד אבל בנ"ד חד דיבורא וחד זכייה היא וכו' ולכאורה כדי שלא

יטעה

פרע דכיון שהזכירו ופרטו החשיבו דאי הכי מאי מקשי' עליה מהרי עלי מנחה ן' עשרון להביא בשני כלים דהתם לא גילה בדעתו לחשיבות של כלים כלל וכו' עד אבל הרמב"ן ז"ל כתב דלעולם אין הכלל נוטל אלא כא' מן הנפרטין נר' מדבריו שהוא סובר דכי אמרינן קנה פלגא מפני חשיבותו של פרט כיון שהזכירו בפי' עכ"ל, ובאמת דלדברי הרמב"ן צריך ליישב מאי דפריך לרב יוסף מהסיא דהרי עלי מנחה וכו' דמשם נסתייע הר"ן ז"ל כנז' ומה יענה ביה הרמב"ן ז"ל לפי פירושו. והנלע"ד דס"ל להרמב"ן דפירכת הש"ס מהסיא דהרי עלי מנחה לאו אמלתיה דרב יוסף היא דודאי שנה ושנה שדברי רב יוסף שאני משום דהואיל ופרטן החשיבן משא"כ בההיא דמנחות, אלא פירכת הש"ס היא אמאי דסליק מינה בההוא דמי בלילה דשדו דבי מלכא אאבולי ואאיסטרוגי וכלל זה כמו זה ואפ"ה אמרת דיהבי פלגא ופלגא והרי האומר הרי עלי מנחה וכו' ואמאי נימא שיביא בשני כלים דומיא דאבולי ואיסטרוגי דהוי פלגא ה"נ דכוותה ומשני תלמודא שפיר כנ"ל ליישב פירכת הש"ס לפי' הרמב"ן ז"ל להצילו מתמיהת הר"ן ז"ל.

ועתה אשובה לי אל ראית מורשה האלמנה יל"ו שהביא מזה לומר דשתי קניות הן ולא תלו זה בזה ומינה יליף דה"ה כשאמר ליך ולבניך דיהוו ליך מינאי דהוו שתי קניות והגם שהבנים לא קנו לפי שלא היו בעולם היא קנתה דהו"ל כקני את וחמור דאמר רב נחמן שקנה מחצה.

ואני הדיוט נראה לי בכונת דבריו דאין כונתו בזה לומר דבנ"ד קנתה מחצית דירת כל הבתים הזה ודאי חלילה לפה קדוש כמוהו יאמר דבר זה, כי ודאי רב המרחק ביניהם דבשלמא אם בנ"ד לא היו לו לראובן בנות אחרות כלל זולתי זאת שנולדה לו ממנה ודאי כן הדבר שהיתה קונה מחצה עם בתה או אפילו אם נולדו לו הימנה בנים ובנות הרבה כמו כן הדין שהיא קנתה מחצה וגם אם היו לו בנים זכרים דהשתא אין לבנותיו חלק ונחלה במקום הבנים ודאי שהיא היתה נוטלת מחצה כנגד בניה ושפיר. אבל בנ"ד שהיו לו לראובן שתי בנות מאשתו הראשונה ומאשתו השניה לא היו לו בנים זכרים אלא שנשאר לו הימנה בת דנמלא שבנותיו מן הא' יורשת עמה חלק כחלק, ודאי שיש לנו לומר שמה שזכה לה ונוטלת מחצה אינו אלא מחצה ממה שמגיע לחלק בתה היורשת ולא מחצה כנגד כל בנותיו דהא לא זיכה אותה אלא לה ולבניה לומר שהיא תטול מחצה כנגד בניה לא כנגד בני הראשונה. וזה פשוט בכונתו דבנ"ד החלק הנוגע להאלמנה היום אינו אלא מחצית השליש שהוא מחצית ממה שנוגע לבתה דהייכו שנחלקהו לג' חלקים וכנגד השליש הנוגע לבתה מחצית מהשליש אשר לבת תטול האלמנה ולא יותר כנ"ל לדון בכונת המורשה כעת.

אבן אכתי ראוי לתור ולדעת בדברי מורשה האלמנה במה שהוליד מזה דה"ה באומר נכסי ליך ולבניך דיהוו לי מינך דהוו תרי קניות וקנתה מחצה היא מקום מולא דין זה. ותרתי אני אל לבי ומלאתי דנכים הדברי' בדבריהם של ראשונים, דהנה בהא דאמר רב נחמן דקני את וחמור קונה מחצה. הן אמת דגדולי המורים הרי"ף והרא"ש והר"מ ומר"ן ז"ל פסקו כן, אכן לאו מילתא פסיקתא היא וכאשר אבאר בס"ד. דהנה בפ"ב דקידושין דף כ"א בפלוגתא דאיפליגו אביי ורבא בקידושין שלא נמסרו לביאה דאביי אמר דהוו קידושין ופריך עליה רבא מסיפא דמתני' דתנן ומעשה בד' נשים ובהן ב' אחיות ולקט א' כלכלה וכו' ואמר הרי כולכן מקודשות לי ואמרו חכמים אין אחיות מקודשות, אחיות הוא דלא, הא נכריות מקודשות ה"ד אלימא דאמר כולכם קנה את וחמור הוא ואת וחמור לא קנה אלא לאו דאמר א' מכם וקתני אין אחיות מקודשות ומוקי

לה אביי באומר הראויה מכן תתקדש לי, והנה הרי"ף ודעימיה לא הביאו הך אוקמתא דאביי וטעמא משום דס"ל דהך סוגייא הוי דלא כהלכתא והויא אליבא דרב ששת דס"ל בפ' מי שמת דקני את וחמור לא קנה, מיהו לדידן דקי"ל דהלכתא כרב נחמן דקנה מחצה א"כ אתייא הך מתני' כפשטה, מיהו לדעת הר"מ ודעימיה דפסקו כרב נחמן דקנה מחצה ואפ"ה הביאו הך אוקמתא דאוקמה אביי באומר הראויה מכן וכו' ושתי הסוגיות לדעתם הלכתא נינהו ולהסכימם יחד הני תרי סוגיי רבו בהם החילוקים. ראשון לליון הרא"ש ז"ל בפסקיו כתב, ויש מחלקים דהתם דמפיק להו בתרי מילי ואמר את וחמור קאמר רב נחמן דקנה מחצה אבל הכא דבחדא לישנא מפיק להו דאמר כולכם מודה רב נחמן דלא קנה ע"כ גם הרב המגיד לפ"ט מה' אישות בדרך השני כתב חילוק, זה לדעת הר"מ יע"ש, ולדעתם ודאי דגם בקידושין אם אמר את וא' מב' אחיות דפלגינהו בתרי מילי דודאי דהוי כקני את וחמור דהנכרית נתקדשה משום דקנה מחצה וזה ברור לפי חילוק זה. אמנם חזי הוית למוהרי"ט בשניות בח"מ סי' כ"ב אשר האריך הרחיב למעניתו לברר וללבן הדברים איש על מקומו ברוח מבינתו, ואגבן הביא חילוק זה שכתבוהו הרא"ש וה"ה וקרא עליהם תגר וז"ל ואיכא למידק מה בין מפיק להו בחדא מלה או בתרי מילי וכו' כיון דתרויהו בהקנאה א' כחדא דייניכן להו דתנן בפ' האיש מקדש התקדשי לי בזו וכו' עד מאן תנא התקדשי התקדשי כלומר דוקא בכה"ג הוי פרטא אבל בזו ובזו ובזו לאו פרטא וכו' עד א"כ אעפ"י שפרט כאן ואמר קני את וחמור כיון דבחד קנין כיילינהו לתרויהו לאו פרטא, ותירץ וי"ל דשאני הכא דהואיל דבקפידא דידיה תליא מלתא דהקפיד בקניתו וכו' אבל גבי נדרים וקדושין' בדין לירופן והפסקן לאו בדידיה מלתא וכו' אפי' שאמר שדעתו להפסיקן לאו כלום הוא וכשהפסיקן אפי' אמר שדעתו היה לכוללן לאו כלום הוא שאין לי אלא משמעות הלשון וכו' יע"ש, ועם כל מה שהאריך בתירוצו לא יכולתי להולמו, דהא לדברי ה"ה והרא"ש גם גבי קידושין יודו דאם אמר את וא' מב' אחיות דפרטא הוי וקנה מחצה והנכריות מקודשות וכמו שהוכחנו לפי חילוק כנז"ל, ומוכרח לומר כן לדעתם דאי לאו הכי מאי פריך אי דאמר כולכם הו"ל קני את וחמור טפי הול"ל אי דאמר את וא' משתי אחיות הו"ל כקני את וחמור ומדלא פריך אלא מכולכם ש"מ דקידושין וקנין א' הוא ודינם שוה וא"כ מה נועיל במה שחילק בין קידושין לשאר קנינים דריהטת הש"ס לא משמע לחלק כלל בין קידושין לשאר קנינים ובכולן דינם שוה, והסיא דהתקדשי לי בזו שהביא וכן ההיא דשבועות, ילע"ד לחלק דבשלמא כשהוא רוצה לקנות או להקנות ל"ש בקידושין ל"ש בשאר קנינים אזלינן אחר דבריו דאי מפיק להו בחדא מלה דעתו לקנות כולם או להקנות לכלם כא' וכדאפיק להו בתרי מילי דעתו לקנות מחצה או להקנות מחצה ושפיר, אבל בדבר הרוצה לקנות בו הקנין ההוא אף שפרטן ואמר התקדשי לי בזו ובזו ובזו אמרינן דלא הוי פרטא אלא דעתו לקנותה בכולן כל שלא אמר התקדשי בכל א' ודמי לשבועות משום דהאו' יש לד לפרשה בלשון כולל כמו מכה ומקלל אביו ואמו שנחלקו ר' יונתן ור' יאשיה דמשמע שניהם כא' ומשמע כל א' מהם הילכך דוקא כשאמר התקדשי בכל א' או שבועה הוי פרטא הא לאו הכי הוא"ו חיבור משמע לכוללן יחד כנלע"ד לחלק ביניהם.

מיהו בהך סוגייא דקידושין הנז' חזי הוית להריטב"א בשיטתו שהביא מ"ש הראב"ד ז"ל איכא למידק מאי הוי דפריך את וחמור לא קנה דהא אסיקנא בפ' מי שמת דהלכתא כרב נחמן דאמר את וחמור קנה מחצה. ותו למ"ד את וחמור לא קנה אפי' אמר אחת מכם תיקשי ליה

דברי הירושלמי בדברים שהם ראויים לזכרים ולנקבות וקאמר דיטלוהו לבנות. ולדבריו יקשה דאכתי הש"ס דילן פליג אירושלמי דמדקאמר הראויין לבנות לבנות משמע דיוקא איפכא דדוקא בראוין לבנות לחוד הוא דשקלי ליה בנות, הא בראוין לזה ולזה שקלי להו בנים דאל"ה אמאי נקט הראוים לבנות, טפי הו"ל לאשמועי' דאף בראויים לזה ולזה שקלי להו בנות ומכ"ש. הוה שמעינן דבאכן ראויים אלא לבנות דוקא דשקלי להו בנות, ומדלא נקט כן ש"מ דש"ס דילן ס"ל איפכא. וליכא למימר דמכח אומדן דעת יטלוהו הבנות דאדרבא כלפי לייא איפכא מסתברא דהאומדן דעת הוא דבראוין לזה ולזה יטלוהו הבנים כמ"ש ה"ה כנז' וא"כ אף לפי פי' נמלא דברי הירושלמי הפך הש"ס דידן. ולכן המחוור יותר הוא מה שפי' הנמק"י לבסוף בכונת הירוש' וכן פי' מרן בכ"מ שם בהלכות זכייה יע"ש.

ברם ראיתי למוהרי"ט בשניית בח"מ סי' ה' כתב וז"ל ומה שטענו עוד שיש לפרש לשון אוולדי בני ולא בנות אעפ"י שאוולדי לשון רבים וכאן לא יש כי אם בן א', וכההיא דאמר נכסי לבני ולא הו"ל אלא חד ברא דאשכחן דכתיב ובני פלוא אליאב אף אנו נאמר אוולד בנים, אינו נראה דהתם משום דלשון בנים על הזכרים הוא מורה ולא על הנקבות הלכך כשאין לו אלא בן א' משכינינן נפשין לומר דחד ברא קרו ברי דומיא דבני פלוא, וההוא דשדר פסקי דשיראי אמרינן דלבנותיו שלח הואיל ולא חזו לבנים אלא לבנות. וכ"כ הר"מ פ"ו מה' זכיה ראויים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים אבל כאן וכו' יע"ש, והנה בדבריו אלה שכתב וההוא דשדר פסקי דשיראי וכו'; לא ידעתי למה נתכון אם לסתור טענת שטענו דבלשון אוולד בנים משמע או אם כונתו להביא ראיה לדבריהם, דלכאורה משמעות דבריו נר' שהביא סתירה מזה לטענתם וא"כ לא ילדק אומרו אבל כאן לשון אוולדי וכו'. ואם לכך נתכון הי"ל להביא נסחת הירושלמי דמשם סתירה דמאמר בנים כולל גם נקבות שהרי אמרו השולח ממ"ה ואמר ונתנו לבני, בנותיו בכלל. ומשם היתה סתירה לטוענים ושפיר, אבל בדברי הש"ס דילן שהעתיק אין משם סתירה בנסחת תלמודינו לא הוזכר בה ששלח לבניו אלא אמרו ההוא דשדר פסקי דשיראי לביתיה, ולכך אמרו הראוין לבנים לבנים הראוי' לבנות לבנות משום שלא הוזכר דשדר לבניו אלא לביתיה וא"כ לא הו"ל להביא אלא נסחת הירושלמי דמשם היא הסתירה דמלשון הירושלמי היא סתירה נגד הטוענים שהרי על השולח לבניו כולל גם נקבות הרי דבנים נקבות בכלל, ואדרבא מש"ם הי"ל לסתור טענתם ולמה הולך לסותרה בכח דאוולדי כולל גם נקבות כמ"ש אבל כאן וכו' דלשון זה מורה שכונתו להביא ראיה לטוענין משם, והרואה יראה דאין משם ראיה כלל לא לנסחת תלמודנו ולא לנסחת הירושלמי. ותו להבין מ"ש וכן כתב הר"מ פ"ו מה' זכייה וכו' למאי נתכון בזה אם לסתור דברי הטוענים טפי הי"ל לסתור מריש דברי הר"מ שכתב השולח כלים לבניו הראויים לבנים וכו' הרי דבמלת בנים נקבות בכלל ומשם היא עיקר הסתירה לא מלשונו שהביא באופן שדבריו אלה לכאורה הם קשה ההיתוך. והנלע"ד בכונתם שכונתו שנרגש דמההוא עובדא לפי נסחת הירושלמי טעמא דאמרינן דבכלל בנים הם נקבות לאו דמשמעות בנים כולל נקבות דלעולם לשון בנים אינו אלא על הזכרים דוקא אלא דהתם היינו טעמא דאמרינן דיטלו הבנות משום אומדן דעת דהואיל ולא חזו לבנים יטלוהו הבנות. הא אי לאו האי טעמא בנים אינם אלא זכרים. וראיה לזה ממ"ש הר"מ דאם היו ראויים לזה ולזה יטלו הזכרים ואמאי, מאי אולמיה דבנים טפי מבנות הא מאחר שראויים לזה כמו לזה מאן שם ליה שלא יטלוהו הבנות אלא ודאי דטעמא היי משום דמלת בנים זכרים משמע ולכך אף שראוי לזה כמו לזה אולי' בתר לישנא דבנים. אלא דכל שאינם ראויין לבנים כלל משכינינן נפשין לומר דבנות בכלל. והנם דמשם ראיה כדברי הטוענים דבנים א נם זכרים מ"מ דוקא התם אמרו כן אבל הכא לשון אוולדי שאני דכולל גם נקבות וכו' בזה סתר את ראיותיהם בין מאותה דנכסי לבני ובין מההיא דשדר' פסקי וכו' כנלע"ד ביאור דבריו, ונמלאת למד מדברי מוהרי"ט הנז' דס"ל דלשון בנים אינו אלא על הזכרים לחוד וכדעת מוהר"ם והנלוים אליו שזכרנו לעיל.

אבן העומד לנגדי ככותל הם דברי מרן הגאון מוהרי"ק"א בתשו' בדיני כתובה סי' א' דף כ"ח שכתב בכ"ד והורה דבלשון בנים גם בנות בכלל והביא ראיות לדבר והוקשה בעיניו הך מתני' דנזיר שהביאה מוהר"ס ומפרק לה יע"ש. גם המבי"ט בח"א סי' ק"ב הסכים לדבריו יע"ש. והתימא על מאור עינינו מרן ז"ל איך לא שת לבו לדברי מוהר"ם שדן את הדין דבנים זכרים דוקא ולא נקבות. ולכן הנלע"ד דס"ל למרן דע"כ לא אמר מוהר"ם כן אלא דוקא בכ"ד דבענין ירושה הוא דאין לבנות במקום בן מדין תורה וכדמטי בה מההיא דשואל הלכך דוקא גבי ירושה ונדרים ונזיר אמרו דזכרים דוקא ולא בנות, משא"כ בנדון מרן דלאו בדיני ירושה מיירי הלכך ס"ל דבנים גם בנות בכלל וכמו שיראה הרואה שם בדברי השואל שם יע"ש. ובהכי ניחא דלא פליגי אהדדי.

המורם מהם דדעת כולם שוה דלשון בנים האמורים גבי ירושה דוקא זכרים הם ולא נקבות וזה מוסכם לכ"ע. ובכן חזר הדין בכ"ד שכתוב ונחלתם תהיה לה ולבניה דכיון דעל לשון נחלה נאמר דודאי דלא נתכון אלא דוקא על הזכרים ולא על הנקבות וכמו שטען מורשה הבנות דנר' טענה אלימתא, ונמלא דמעולם לא זיכה לה אלא דוקא בהיות לה בנים זכרים וכמו שנסתייע ג"כ מסיפא דלישנא שכתוב והאחין יחלקו בנחלה ומאחר שלא נשאר לו ממנה אלא בת א"כ נתבטלה זכייתה מאחר דבן אין לה.

ובר מן דין אית לן למימר בכ"ד שנתכון על הזכרים דוקא, והוא דבשלמא אם בעת ההיא לא היו לו לא בנים ולא בנות כלל הוה מליגא למימר שמאמר ונחלתם תהיה לה וכו' שנתכון על הכל בין אם יהיו לו בנים או בנות כל מי שיהיה ראוי ליורשו יירשנו ל"ש אם יהיו לו זכרים ל"ש אם לא יהיו לו אלא נקבות לבד, אמנם מאחר שכבר היו לו בעת ההיא בנות מאשתו הראשונה ואפ"ה קאמר ונחלתם תהיה לה ולבניה ודאי דעל הזכרים דוקא נתכן דהא אין הבנות יורשות, דליכא למימר דגם אם יהיו לו בנות קאמר שהם יירשוהו דמאי אולמייהו דהני טפי מהני, ומאי שנא שבנות השניה יירשוהו ולא בנותיו מהראשונה, אלא ודאי עכ"ל דמאמר ונחלתם וכו' על הזכרים דוקא נתכון דבמקום ברא, ברתא לא תירות. וא"כ טענת מורשה הבנות בזה תקיפה טובא וטענתיה טענה לכ"ע וכמ"ש.

ובבן אשיב ידי לטענת מורשה האלמנה לנדק דבריו א' לא'. פתח בחכמה תחלה להשיב על דבריו דאם הדברים כפשטן אין להם על מה שיסמוכו וכו' דהני מילי ליתנהו כי שתי קניות הן ולא תלו זה בזה וכההיא דפ' מי שמת דאמר לדביתהו נכסי ליך ולבניך וכו' כמוגג בלשון השואל. וטרם בואי לעמוד על דבריו הנה בכך סוגיא שרמזה לנו דקאמר רב יוסף דקנתה מחלה כתבו הרא"ש והטור סי' רמ"ז דל"ש אם הנפרטין מועטין מהנכללין ל"ש אם הנפרטין מרובין מהנכללין כגון שאמר פ' ופ' ולבני פ' ולא היו לו לראובן כי אם שנים לעולם חולקין מחלה. וכ"כ הר"מ ז"ל וכתב הר"ן הביא דבריו מרן ז"ל דהטעם דכיון שהוא עשאן שני חלקים בדיבורו הא' ליך והב' ולבניך יש לנו לחלק נכסיו בשני חלקים כמו שאמר. אבל אין טעם רב יוסף מפני חשיבותו של

פרטי

ונחלתם תהיה לה ולבניה דמלבד דהיא לא זכתה גם הבנים לא זכו. לא מיבעיא לפי שהבנים עדין לא היו בעולם דמהך טעמא לא זכו וכדבעי' מימר קמן בס"ד. אלא אף אם בעת הזיכוי היו בעולם אפ"ה לא זכו מדאפקיה בלשון נחלה דהא בכ"ד בעת נישואיו כתב לה כן והיה בריא אולם. והרי איבעיא לן בפרק יש נוחלין דף קל"א דבעי רבא בבריא היאך ולא איפשיטא ופסקו כל הפוס' דבבריא שאמר בלשון ירושה לא אמר כלום לחומרא. וכן מהרי"ט בראשונות סי' קי"ט ביטל הירושה שהורים ליורשים מטע' זה יע"ש. גם הלחם רב סי' רי"ז בכ"ד העלה כמו כן יע"ש. אמור מעתה דגם בכ"ד שכתב ונחלתם וכו' דאפקיה בלשון ירושה בהיותו ברי, אף אם הבנים היו בעולם לא זכו ואפי' אם היא היתה יורשת הדין כן דלא זכתה מטעם זה, כ"ש עתה שאינה יורשת והעביר הנחלה מן הראוי לירש דלא זכתה.

ונמצא דמכל הלדדין הורע כחה ואין לה זכות לאלמנ' בדירה, הן כל אלה ראתה עיני לאור בכ"ד לכאורה. ואני טרם אענה מה שנראה לדון בכ"ד, ראיתי לשאת ולתת על טענות המורשים המולגים בשאלה. תחלת דבר במה שטען מורשה הבנות נגד האלמנה כי לא זיכה לה ראובן כי אם בהיות לה בנים ממנו שכן כתב לה ולבניה וכו' ומאחר שאין לה בנים כי אם בת, יצאת היא מן הכלל ואין לה אפילו דירה כמולג בשאלה, אין ספק בזה שכונתו לומר דבנים זכרים משמע ולא נקבות, ובאמת דבלשון תורה מלינו דבנים זכרים משמע דהא תנן במתני' פ"ק דקידושין הסמיכות והתנופות וההגשות וכו' באנשים ולא בנשים. ודרשו לה שם דף ל"ו מדכתי' בני ישראל וסמך וכן כולהו יע"ש. גם בבני אהרן דרשו ולא בנות אהרן, גם הכי מוכח בקידושין דף ע"ז ע"א דמשני מי כתיב בנו, זרעו כתיב. אלמא דבנים זכרים משמע בלשון תורה והן אמת דמלאנו בלשון תורה דבנים כולל גם לנקבות דכתיב בנים אתם לה' אלקיכם וכו' ובודאי דגם נשים נלטוו על כך כמ"ש הר"מ פי"ב מה' ע"ז דין ג' כל מל"ת אחד אנשים ואחד נשים חייבים. ולקמן בו בפרק הביא הא דגדידה וקרחה ולא חילק אלמא דגם נשים בכלל, ואעפ"י שכתוב בנים אתם לא מפקינן הנשים מאיסור הלאוין הללו אלמא דלשון בנים גם נקבות בכלל. עוד כתיב גבי איסור מצרי בנים אשר יולדו להם דור ג' וכו' ופסק הר"מ פי"ב מאיסורי ביאה דין י"ט דא' זכרים ואחד נקבות דור ג' מותר, הרי דבנים כולל הוא. וליישב הכתובים כ"ל דכל היכא דכתיב בנים סתם ודאי דגם נקבות בכלל משא"כ כשכתוב בני יש' או בני אהרן דאז הכינוי שכינה הבנים לאהרן או לישראל ולא כתיב דבר אל ישראל או אל אהרן ודאי למעוטי בנות הוא דאתא, וכן כדכתי' בניכם כמו ולמדתם אותם את בניכם שהוא כינוי אל הזכרים דרשו בניכם ולא בנותיכם, אבל לעולם דבבנים סתם גם נקבות בכלל, ונמלא דמלשון תורה אין ללמוד ללשון בני אדם. אכן מהש"ס פרק מי שמת דף קמ"ג ע"ב נר' דבנות אינם בכלל בנים גבי ההוא דאמר נכסי לבני הוה ליה ברא וברתא מי קרו אינשי לברא בני או דילמא לא קרו אינשי לברא בני ולמשכה לברתא במתנה קאתי אמר אביי וכו' דפשיט דאין בנות בכלל יע"ש. וכתב הרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ג' היינו דוקא היכא דאמר לבני דאין הבנות בכלל בנים כדכתיב ויולד בנים ובנות ע"כ. ועוד אכתוב בזה לקמן בס"ד. גם המרדכי פ' מי שמת כתב בשם מוהר"ם על עסק אדם שהתנה עם בניו הראשונים קודם שנשא אשתו שניה שכל בנים שיולדו לו ממנה יירשו עמהם בשוה ונולדה לו בת. והשיב זו אינה לריכה לפנים חדא דבת אינה בכלל בנים דתנן בנזיר הריני נזיר כשיהיה לי בן ילדה בת וכו' אינו נזיר עכ"ל

לעניננו. גם הלחם רב בתשו' סוף סי' רי"ח העלה כמו כן וכתב הרי"ף דבין בלשון תורה בין בלשון בני אדם דהיינו נדרים אין הבת בכלל ע"כ יע"ש. ואיברא דלדברי מוהר"ם לכאורה יקשה מההיא דפ' מי שמת דף קמ"ג בההוא דשדר פסקי דשיראי לדביתיה אמר ר' אמי הראוין לבנים לבנים והראוים לבנות לבנות. ובשלמא לתלמודא דידן לא קשיא על פסק מוהר"ם דהא לא אמרו דשדר לבניה אלא דשדר לדביתיה, והלכך הואיל ובסתם שדר אמרינן דגם בנות בכלל והראויים לבנות לבנות. אכן אי קשיא עליה הוא מהירושלמי דאמרו מי ששלח כלים ממדינת הים ואמר ינתנו אלו לבני, בנותיו בכלל אם בשעת מיתתו אמר ינתנו אלו לבני, אין בנותיו בכלל, הרי דבנים, בנות נמי בכלל כל שאינו בשעת מיתתו וא"כ היכי פסק ותני מוהר"ם בכ"ד שהיה בחיים שאין בנות בכלל. וכ"ת דהא מוהר"ם אייתי מתניתא בידיה מההיא דנזיר ואדרבא על הירושל' ק' מההיא דנזיר. ואת זה חזיתי להרא"ש שם בתשו' הנז"ל שכתב כדי לתרץ הך עובדא דפ' מי שמת בההוא דאמר נכסי לבני הנז' דאסיקנא דאין הבנות בכלל ומאי שנא, ותירץ דהך עובדא בשעת מיתה הוא ונתן ב' טעמים לחלק בין בחייו לשעת מותו והחילוק הב' דבחייו שהוא נותן מתנה הכל בכלל אבל בשעת מיתה שבא להנחיל אנו אומדין דעתו שאינו רוצה להעביר הנחלה מן הבנים כדאמר שמואל וכו' יע"ש. ולפי חילוק זה של הרא"ש ניחא הירושלמי לדעת מוהר"ם שמחלק בין בריא לש"מ. וגדון דמוהר"ם הגם דבריא היה מ"מ מאחר שכונתו היתה שיירשו בני השניה הילכך דייני' ליה כש"מ דמסתמא אנו אומדין דעתו שאינו רוצה להעביר הנחלה מן הבנים והילכך כתב דאין הבת בכלל, וגם מראייתו שהביא ממתני' דנזיר אין סתירה לדבריו להירושלמי דע"כ לא אמרו בירושלמי דבבריא גם הבנות בכלל אלא דוקא בנותן מתנה דאיכא אומדן דעת שאדם חפץ בכבוד בנותיו כבניו שתהיינה מלובשות אבל גבי נדרים ונזיר מסתמא בנים זכרים משמע ולא נקבות ונמלא דבין באומר לשון ירושה בין בעלמא חוץ ממתנה בנים דוקא זכרים משמע ולא בנות. ובזה עלו ובאו דברי מוהר"ם והירושלמי על נכון כנלע"ד.

והנה הר"מ פ"ו מה' זכייה דין י"ד פסק בהך עובדא דשיראי דהראויים לבנים לבנים והראויים לבנות לבנות מיהו כתב עוד דאם היו ראויים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים. והגם דלדבריו יקשה דא"כ אמאי קאמר הש"ס דהראויים לבנים לבנים דמשמע דוקא בראוי לבנים לחוד דוקא הא כשראוי לזה ולזה לא, ולדעתו טפי הו"ל לאשמועינן דגם בראוי לבנים ולבנות דיטלוהו הבנים ומכ"ש הוה שמעינן דכשאינו ראוי אלא לבנים לחוד כגון ספרים וכיולא דדוקא הבנים יטלוהו, אלא ודאי מדלא נקט הש"ס הכי ש"מ דדוקא קאמר דבעי' ראוי לבנים הא היכא דראוי לתרוייהו לא שקלי להו בנים, ולזה י"ל שדעתו משום דקשיא ליה דיוקא אדיוקא, דמדיוקא דהראויין לבנים מוכח דהא כשהוא ראוי לזה ולזה יטלוהו הבנות. ואלו מדקאמר הראוי לבנות לבנות איכא למידק איפכא דדוקא בראוי לבנות לחודייהו הוא דיהבינן להו הא בראוי לזה ולזה יטלוהו הבנים וקשיא דיוקא אדיוקא ולכן בחר בדיוקא דסיפא ועשה אותו עיקר משום אומדן דעתא כמ"ש הרב המגיד שם משום שדעתו של אדם קרובה אלל בנו יותר מבתו וכמו שנתן טוב טעם ודעת לדבר יע"ש.

אך את זה ראיתי להרב הנמק"י בהך עובדא הביא דברי הירושלמי וכתב עליו וז"ל ובודאי לא איירי התם בדברים לאלו טפי מאלו דא"כ רישא דירושלמי הוה פליג עם תלמודא דידן דהתם תני בנותיו בכלל ואלו הכא אמרינן הראוי לבנות לבנות עכ"ל לעניננו, הנה לדעתו ז"ל נראה דכי היכי דלא ליפלוג הירושלמי עם ש"ס דילן מוקי לה

דברי

לאחר מותו שתדור היא בבתים ולבניה אחריה ירשו זכותה.

ותו דלא דמי לנדון הלחם רב ונדון דהזה התנופה והרא"ש ז"ל דשאני התם דמיירי שהנותן נתן מתנה לאחרים זולתו וסילק עצמו ורשותו מהמתנה ההיא, ולכן הואיל וידיו מסולקות ממנה איכא למימר דלא נתכון להקנות אלא לשניהם יחד אבל במות א' מהם פקע זכותיה דשני ושפיר, משא"כ בנ"ד שכתוב שתדור היא והוא והשוה כחו לכחה. ונבי דידיה לא מליכא למימר שבמות הוא פקע זכותו מהדירה דהא גוף הבתים שלו הם מקנת כספו וכיון שכן עכ"ל שכחו וזכותו קיים לעדי עד ולעולמי עולמים ובמותה אכתי שלו הם א"כ אית לן למימר כי היכי דגבי דידיה זכותו הוא תמידי ונלחי גם במה שהשוה כחו לכחה הרי היא כמוהו וגם אחרי מותו זכות האשה קיימת לעד ולא מבטל כלל, ול"ד לנ"ד הנהו רבוותא דרב המרחק ביניהם מן הטעם שזכרנו ואף לדעתם ז"ל כיולא בנ"ד יורו המורים שלא נתבטלה זכותה כלל אף אחרי מותו.

ברם אכתי יפול הספק בנ"ד לומר דלא זכתה בדירה אלא בחיים חייתו מדקאמר שתדור היא והוא וכו' דמשמעותו שניהם כא' משמע, ואם באנו לזכותה מכח מ"ש ונחלתם תהיה לה וכו' אדרבא מינה תברתה מדזכה אותה בלשון נחלה דנמלא דהורע כחה בזה, הא תלמוד ערוך הוא בידינו בפ' יש נוחלין דהאומר איש פ' יירשני במקום בת, בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום דנמלא מתנה עמ"ש בתורה וכן פסק הטור ח"מ סי' רפ"א והלכה רווחת היא מבלי חולק, וא"כ בנ"ד שכתוב ונחלתם תהיה לה לשון ירושה היא ונמלא מעביר הירושה מן הראוי לה ולא זכתה כלל, והרי הרא"ש ז"ל בכלל פ"ד סי' ז' השיב דמה שנתן לאשתו בלשון ירושה ממונו לא עשה כלום דתנן בפ' יש נוחלין איש פ' יירשני וכו' לא אמר כלום יע"ש. ה"נ בנ"ד הואיל והיו לו בנות מאשתו הראשונה בעת ההיא ואמר ונחלתם וכו' הו"ל מתנה עמ"ש בתורה, ואין לומר דע"כ לא אמרינן דהוי מתנה עמ"ש בתורה אלא דוקא במעביר הירושה מיורשיו מכל וכל ונותנה לאחר וכההיא דנדון הרא"ש שהורים את אשתו בכל נכסיו. אבל במורים מקלת ומניח מקלת ליורשיו כיולא בנ"ד שלא הורים אותה אלא בדירה הבית לחודה אבל כל שאר נכסיו הבי הם ליורשיו בהא לא הוי עוקר מ"ש בתורה מאחר שהשאיר כל שאר נכסיו ליורשיו. הא ודאי ליתא שהרי רש"י פי' על דברי ר"י ן' ברוקא שאמרו שם הלכה כר"י ן' ברוקא פי' רש"י הובא בהלכות וז"ל הלכה כר"י ן' ברוקא הילכך אמר בני פ' יירש כל נכסי ל"ש אמר חלי נכסי דבריו קיימין וכו' עד ודוקא בבן בין הבנים ולא באחר או בבת בין הבנים ע"כ, וכ"כ רשב"ם שם בד"ה הלכה כר"י ן' ברוקא וכו' יע"ש, הרי דבמורים לאחר ל"ש בכולו ל"ש במקלתו לא אמר כלום, וגדולה מזו כתב הריטב"א הביא דבריו שם הנמק"י בלשון דמתחיל התורה נתנה רשות וכו' ונראין הדברים דדוקא במחלק כל נכסיו אבל לא במקלת שאל"כ מלינו מתנה במקלת שאין לריך קנין כשאמר בלשון ירושה על מי שראוי ליורשו אפי' באומר לו חלי נכסי לך וזו לא שמענו בכל התלמוד אלא ודאי כדאמרן עכ"ל. והביא דבריו מרן בב"י סי' רפ"א יע"ש.

ואיברא דק"ל בגויה דכפי הנראה מפשט דברי הריטב"א הנז' דע"כ לא קאמר ריב"ב דהתורה נתנה רשות וכו' אלא דוקא במורים כל נכסיו לא' מן הבנים אבל אם מורים מקלת לזה והשאר לבניו לא מהני ולפי דבריו אלה קשיא לי דהא במתני' דלעיל מינה תנן המחלק נכסיו לבניו ריבה לאחד ומיעט לאחד וכו' ואם אמר בלשון ירושה לא אמר כלום. ופי' רש"י ורשב"ם דהך מתני' אתיא כמרבנן דפליגי עליה דריב"ב אבל לריב"ב אף דאמר בלשון ירושה מהני. גם הנמק"י שם אהך מתני' פירש כן דהך מתני' כרבנן דפליגי עליה דריב"ב אתייא ולית הלכתא כוותייהו יע"ש. גם התו' בפ' החולץ דף ל"ו ע"א ד"ה משום ירושה לא אמר כלום כתבו כן יע"ש. הרי דס"ל דאליבא דר"י ן' ברוקא דקי"ל כותיה אפי' בריבה לזה ומיעט לזה קאמר דקנה. וא"כ היכי קאמר הריטב"א דלא קני אלא במורים הכל לא' מבניו דמה יענה להך מתני' דמוכח איפכא.

והן אמת שמלאנו ראינו למרן הב"י סי' רפ"א סעי' ה' אהך מתני' דהמחלק נכסיו הביא בה פירושים שונים תחילה הביא הפי' שהזכרנו וכתב עוד ויש מי שאומר דמתני' ד"ה היא וכי קתני לא אמר כלום אבכור קאי דמודה בזה ריב"ב. והרא"ש הוסיף ואמר דלא אמר כלום אכולהו קאי ואפי' לריב"ב דכיון דלואתו לגבי בכור בטילה אף לגבי פשוטים בטילה. וכן נראה מדברי הר"מ פ"י מה' נחלות וכו' יע"ש. גם מרן בכ"מ שם בה' נחלות דין ה' כתב שדעת הר"מ כדעת רבו ז"ל. והשתא לפ"ז יש לנו לומר דגם הריטב"א גלוה עם ס' הרא"ש ודעימיה לפ' דהך מתני' אתיא אף כדעת ריב"ב ולא אמר כלום משום דכיון דלגבי בכור בטילה אף לגבי פשוטין בטילה. ולא ס"ל כפי' רש"י דס"ל דהך מתני' כרבנן אתיא כנז"ל. אלא דעכ"ז לא הוכח לנו דהאף אם נפרש כפי הרא"ש ודעימיה אכתי קושיין בדוכתא קיימא דהא טעמא דלא אמר כלום היינו משום שהשוה להם את הבכור. ודוק מינה הא ריבה שריבה לזה וכו' ולא השוה את הבכור מהני וזה שלא כדברי הריטב"א שכתב דדברי ריב"ב אינם אלא במורים הכל לבן הבנים אבל לא בריבה לזה דהך מתניתין מנגדתו לכל הפי'. ודוחק לפרש דהריטב"א יסבור דהך מתני' דלא אמר כלום כר"י ן' ברוקא היא וטעמא משום דריבה לזה ומיעט לזה הגא ולכך לא אמר כלום דס"ל דדוקא במורים הכל לבן א' הוא דמהני משא"כ במחלק לבניו. דא"כ מאי איריא דנקט מתניתין והשוה להם את הבכור דבלשון ירושה לא מהני דמשמע דדוקא משום בכור לא מהני. עדיפא מינה הו"ל למיתני דבלשון ירושה לא מהני אפי' בדליכא בכור וכי תימא דרישא היא בבכור וסיפא דתנן ואם אמר משום ירושה לא מיירי בבכור אלא במחלק נכסיו לפשוטים אין לך דוחק גדול מזה. ולכן הנלע"ד בכונת דברי הריטב"א דהק' שדברי ריב"ב אלא דוקא במחלק כל נכסיו פי' דחילק כל נכסיו ליורשים אף דריבה לזה ומיעט לזה מהני לאפוקי שאם היו לו יורשין הרבה ופי' ואמר יורש פ' יטול חלי נכסי ולא פי' אלא אותו היורש, ובשאר היורשין לא פי' מאומה דהו"ל מתנה במקלת ולא מהני כמו שנתן טעם לדבר, אלא ודאי דמיירי או במנחיל כל נכסיו לאיש א' מהיורשים, או במחלק כל נכסיו ליורשיו אף דריבה לזה ומיעט לזה מהני לאפוקי דוקא בשלא פרט אלא יורש א' ותו לא, ואמר פ' יירש כך ובך מנכסי או מחלית לא מהני הואיל ולא הורים לכל היורשין או לא נתן הכל ליורש א' וטעמו ונימוקו עמו. ולפ"ז ל"ק הך מתני' עליה כלל כנ"ל ביאור דבריו והכי מרוקדק בדבריו למדקדק. ולמדנו מדבריו רבותא טפי דאפי' באומר על מי שראוי ליורשו דהלכתא כריב"ב כל היכא דלא הורישו כל נכסיו אלא מקלת לא מהני. כ"ש במורים לאיש זר דאף דהורישו במקלת מיקרי עובר עד"ת ולא מהני. ועיין בלחם רב סי' ר"ז בהורה גדולה מזו שאפי' במורים בתו נגד הבנים דעדין לא באו לעולם אפ"ה קרי ביה עד"ת. כ"ש בנ"ד שהורים לאשתו נגד הבנות שהיו לו מאשתו הראשונה בעת ההיא דודאי דלא מהני ומיקרי עד"ת. וא"כ נמלא דבמ"ש ונחלתם תהיה לה דאפקיה לזכייתה בלשון נחלה הורע כחה בלשון זה ולא זכתה כלל אחרי מותו בדירה ההיא. נוסף ע"ז הורע כחה במ"ש

ונחלתם

זיכה ולא לבניהם ובזה הותרה תמיהתו מעל חזה התנופה.

ולהליץ בעד הרא"ש ז"ל נ"ל ג"כ על דרך זה דאין כונת הרא"ש במ"ש ומדהזכיר אשת שמעון וכו' לומר דלא היה צורך להזכירה דהא פשיטא שצריך להזכירה בין בעיקר המתנה ובין בתשמישין כדי שתהיה מחלית הבית ותשמישיו לה לעצמה כשתתאלמן או תתגרש. אלא כונתו ז"ל בזה לומר דהגם שכתוב מעכשיו ועד עולם מ"מ לא יספיק זה לבד לזכות בניהם אחריהם דמדהזכיר אשת שמעון לבד בין במתנה ובין בתשמישין ולא כתב בשטר שיהא לשמעון ואשתו ולבניהם אחריהם. או הי"ל לומר לשמעון ולאשתו להורים ולהנחיל דאז ודאי היו הבנים זוכים ומדלא הזכיר אלא אשת שמעון לחודה זתו לא אף שכתוב מעכשיו ועד עולם לא זכו אלא הם לבדם כל ימי היותם בחיים ולא בניהם אחריהם. וזהו שכתב הרא"ש נ"ל דיכול להתברר זה מתוך לשון השטר וכו' לומר דאם כתוב בשטר להורים ולהנחיל או לשמעון ואשתו ולבניהם ודאי דזכו. אבל ממה שאין כתוב כן אלא לשמעון ואשת שמעון ותו לא בא למעט בניהם אחריהם וכו'.

אי נמי נ"ל דהא לישנא דמעכשיו ועד עולם לא הוזכר אלא בתשמישין אבל בעיקר מתנת הבית לא הוזכר כן אלא שנתן לשמעון ואשתו. ומספקא ליה אי הך לישנא דמעכשיו ועד עולם המוזכר בתשמישין חוזר גם לעיקר מתנת הבית או לתשמישין דוקא והיכא דאיתמר איתמר. ונפקא מינה דאי האי לישנא חוזר גם לעיקר מתנת הבית פשיטא שזכו גם בניהם אחריהם, ואי לא שייך אלא לתשמישין לחודה הא תשמישין לית בהו ממש כמ"ש הפמ"א שם יע"ש וזהו מאי דמספקא ליה לשואל ולזה השיב הרא"ש דמאחר דבעיקר מתנת הבית לא הזכיר אלא לשמעון ולאשתו ותו לא ומדהזכיר אשת שמעון ולא כתב בעיקר המתנה מעכשיו ועד עולם כמ"ש בתשמישין נר' שבא למעט בניהם אחריהם ודוקא להם זיכה ולא לבניהם והך לישנא דמעכשיו ועד עולם לא קאי אגוף הבית אלא לתשמישין ותשמישין לית בהו ממש לומר שיקנו הבנים כמ"ש הפמ"א דף כ"ו ע"ג יע"ש כנלע"ד להליץ בעד הרא"ש ז"ל לקיים נסחת הרא"ש שהביא הטור ז"ל ובזה הותרו מעליו כל התמיהות ותמיהת הלחם רב הנז"ל.

עוד סיים הלחם רב בסי' הנז"ל דודאי בנדון דחזה התנופה כשאמר שישתמשו שמעון ואשתו ר"ל שניהם יחד דהא איכא פלוגתא דר"י ור' יאשיה גבי אביו ואמו קלל אי משמע שניהם יחד וכו' ומוהריב"ל בח"ב סי' ס"ח כתב בעד הרא"ש דאע"ג דקי"ל כר' יונתן דמשמע כל א' בפני עצמו מ"מ בתנאים שאדם מתנה עם חבירו אזלינן בתר לשון בני אדם דמשמע שניהם יחד וא"כ הרא"ש בנ"ד ודאי דאית ליה דלא משמע אלא שניהם יחד שישתמשו ומינה בנ"ד לא משמע אלא שידור ר' אליעזר ואשתו אבל אם ימות ר' אליעזר אין לה לאשתו כלל בבית ההוא עכ"ל יע"ש. ולע"ד אין זה מספיק לומר דהרא"ש יסבור בנ"ד דאם מת א' מהם לא ישתמש השני דאם כדבריו אמאי נקט הרא"ש שבא למעט בניהם אחריהם. הא עדיפא מינה הול"ל שבא למעט שאם מת א' מהם כלתה זכית השני ומינה מימעטו הבנים ממילא דמאחר דהזוכה כלתה זכייתו על ידי המיתה כ"ש הבנים אחריו שאם ר' לא שנאה ר' חייא מנא ליה. אלא ודאי מדלא נקט אלא בניהם אחריהם ש"מ איפכא דדוקא הבנים אימעיטו אבל הם עצמם אף אם מת א' מהם לא כלתה זכיית השני כנלע"ד ברור בדברי הרא"ש והחזה התנופה. והגם דהרב אתא ואייתי מתניתא בידיה הלא המה דברי מוהריב"ל שכתב כן בעד הרא"ש דבלשון בני אדם משמע שניהם כאחד, לא מכרעא מילתא דהא מהריב"ל ז"ל לא כתב כן בפשיטות בעד הרא"ש אלא שלא להקשות דעת הרא"ש עם הרשב"א כתב כן. ועוד תירץ תירוץ אחי' כאשר יראה הרואה בדברי מוהריב"ל ז"ל שהשוה דעת הרא"ש להרשב"א והרבה תירוצים נאמרו בזה להשוות דעת הרא"ש להרשב"א ה"ה מהר"א ששון סי' נ"ב יע"ש. והרב שער אפרים סי' קל"ג ישבן באופן אחר. וגם אני הדיוט בספרי פרי הארץ בח"ה סי' ה' דף מ' ובח"מ דף ע"ב ע"ב ישבתי דבריו שלא יהא חולק על הרשב"א. באופן דחזר הדין דבעלמא ס"ל להרא"ש כדעת הרשב"א דכל מקום שנאמר פ' ופ' כל א' לבדו משמע וכאשר הארכתי בספרי יע"ש. וא"כ אף אנו נאמר בנדון הרא"ש דלא מיעט אלא בניו דוקא אבל הם בעצמם זכו אף אם מת אחד מהם, וגם בנדון הלחם רב היה נלע"ד לדון כמו כן.

אמנם מאחר שהלחם רב והרב המסכים עמו הורה כן דאחרי מות הרב אליעזר לא זכתה אשתו גם השאלה של הלחם רב בעצמה נשאלה בבית מדרשו של מוהרש"ך בח"ג סי' נ' והסכים להלכה ולמעשה ועשו מעשה עפ"י הוראתם. יראתי לחלוק עמהם פן ירוללו את גולגלתי ח"ו.

ובכן עפ"י הוראתם ז"ל יש לדון בנ"ד שכתוב שתדור היא והוא כל ימי עולם דמשמע דוקא כל ימי היותם שניהם יחד חיים וקיימים אבל לאחר. מות ראובן אין לה שום זכות לאלמנה בדירה עפ"י הוראת המורים הנז'. ומאמר הכתוב בנ"ד ונחלתם תהיה לה כבר פי' לעיל שפי' חלק. ועוד אפילו אם נפרש לשון נחלה שהוא לשון ירושה ממש, מ"מ אין זה סותר לכונתנו שלא זיכה לה אלא דוקא לשניהם יחד ופי' ונחלתם וכו' נ"ל עפ"י מ"ש המבי"ט בח"א סי' קמ"ח שנשאל על מי שנתן מתנה לאשתו בית א' בקנין ושטר ומתה ויש לה בת וטוענת שהיא יורשת את אמה והשיב שאפילו שהיה כתוב בשטר שתהא רשאית לדור ולמכור וכו' אפ"ה אם מתה הבעל יורשה אם לא שיפרש בשטר נתת ולהורים דאז יורשת אותה בתה יע"ש באורך. וכיון שכן בנ"ד ג"כ יש לנו לו' דהוצרך לומר ונחלהם וכו' לתת כח בידה שאם מתה היא בחיי בעלה לא ירש זכותה בבתים אלא היא תירש לבניה, מיהו היינו דוקא בחיים חייתו, אבל אם מת הוא דפקע ממנה זכותא גם מבניה פקע ואין להם זכות בדירה מכח המתנה אלא מכח ירושה דזיכתה להם תורה כמו שסיים ולאורך ימים יחלקו האחין בנחלה וכו' ובאו כל דברי הכתוב' בדיוק נמרץ. כן היה נלע"ד לדון בנ"ד על פי הוראת המורים שהזכרנו.

אמנם נראה דכל זה לא יספיק לנ"ד לבטל זכייתה. חדא דאעיקר דינם של הלחם רב חלוק אני עליו דאין מהראיות שהביא מהתנא דחזה התנופה והרא"ש הכרח לדון שלא נתכוון אלא לשניהם יחד דאדרבא מדלא נקטי אלא למעט בנ הם אחריהם משמע דאינהו גופייהו לא אמעיטו ל"ש אם שניהם קיימים ל"ש אם מת א' מהם אכתי זכיית השני קיימת. וגם בנדון הלחם רב אילו באנו לדון מכח ראיותיו היה לנו לדון איפכא. והרי עינינו הרואות למוהרש"ך ז"ל ח"ג סי' נ' דן כוותיה ולא מטעמיה אלא מכח דברי השטר העלה דלא זכתה הבת אחרי מות בעלה כאשר יראה הרואה כי פנה לו לדרך אחרת יע"ש. ותו דאף אם נלך ונדון אחר בית דינו של הלחם רב נר' דבנ"ד גם הוא יורה יורה ידין ידין דזכתה האלמנה מכמה טעמי, חדא שהרי כתוב ונחלתם תהיה לה ולבניה ואם איתא דכונתו בזה היתה ליפות כחה שאם תמות היא בחייו שלא יירשנה הוא אלא בניה יירשו זכותה כאמור לעיל, אם כן דיו שיאמר ונחלתם תהיה לבניה ומאי מלת לה דנקט, אלא ודאי זה יורה שכונתו ליפות כחה אף לאחר

וכדבעי' מימר בס"ד. כי הנה ראיתי בלחם רב סי' קל"א על מי שנתן לחתנו ר' אליעזר פירארה עליה ומאגאזין וכו' בתנאי שידור חתנו עם בתו, ומת חתנו ושאל השואל אם אחרי מותו תזכה בתו במתנה ההיא זה תורף דברי השואל והרב הנז' בתשו' הביא דברי מרן בב"י בח"מ סי' ר"ז מתו' י"ד בשם ס' חזה התנופה שכתב ראובן נתן לשמעון חדר בבית שידור בו אעפ"י שכתוב בשטר שישתמש שמעון ואשתו בחצר ובבור ובב"ה מעכשיו ועד עולם אם מת שמעון לא יירשו בניו זכותו אחריו מדהוצרך להזכיר בשטר שמעון ואשתו נר' שבא למעט בניהם אחריהם ע"כ, והרב נסתפק בדבריו וז"ל ויש להסתפק היכא דמת שמעון אי תשתמש אשתו לבדה דאפשר לומר דלא אתו למעוטי אלא בניהם אחריהם לבד אבל אשתו תשתמש אחר מותו. ומינה בנ"ד וכו' או אפשר דאין שמוש אשתו אלא עמו יחד ואם מת הוא לא תשתמש שם אשתו וזה נר' יותר וכו' ודקדוק דברי התשו' הנז' הוא מדהזכיר אשתו דמשמע דאתו למעט בניהם אחריהם ואי אשתו תשתמש בו אחרי מותו לימא דהזכיר אשתו לומר דאחרי מותו תשתמש אשתו אלא ודאי משמע דפשיטא ליה דמאי דקאמר תשתמש אשתו היינו בחיים חייתו עמו יחד אבל כשימות הוא לא תשתמש אשתו ומינה בנ"ד שכתוב שיהיו לו ולאשתו לדירה היינו אשתו עמו כשהוא חי אבל אם ימות הוא לא תדור אשתו לבדה ע"כ, ומפני שהוקשו בעיני דבריו הוצרכתי להעתיקם דק"ל דהי איתא דלדברי החזה התנופה סביר' ליה דכל שמת הוא לא תשתמש אשתו א"כ אמאי הוצרך לומר דאתא למעט בניהם אחריהם. עדיפא מינה הול"ל דמדהזכיר אשתו אתא למעט דהיא לא תשתמש לאחר מותו ומכ"ש הוה נפקא דהבנים לא זכו, דהשתא אם היא שזכתה בתשמיש אפי' הכי אמרינן דלאחר מותו פסקה זכייתה כ"ש בניה שלא זיכה להם. אלא ודאי מדנקט בניהם אחריהם נר' איפכא דדוקא בניהם אימעיטו אבל שמעון ואשתו לא אימעיטו דאפי' אם מת א' מהם זכה השני בדירה ל"ש אם מת הוא ל"ש אם מתה היא כנ"ל יותר נכון לדעת חזה התנופה ובכן גם בנדון הלחם רב נר' לדון כמו כן דאף שמת חתנו זכתה בתו, עוד הביא ראיה הלח"ר מדברי הרא"ש שהביא הטח"מ סי' רמ"ח שאלה ראובן נתן חדר ביתו לשמעון ולאשתו וכתב בשטר שישתמשו שמעון ואשתו בחצר ובבור שבחצר וכו' ומעכשיו ועד עולם וכו' וסיים בה הרא"ש ולפי הנ"ל מדהזכיר אשת שמעון שבא למעט בניהם אחריהם ע"כ. ולמד מדבריו לנ"ד שלא זכתה אלמנתו יע"ש .

ושם ראיתי דעל דברי הרא"ש חזה בהו היוהא דמנ"ל להרא"ש דמדהזכיר אשתו שבא למעט בניהם דאי ממה שהזכירה תחילה במתנה נימא דהזכירה משום שרולה שיהא הבית מחלה לבעל ומחלה לה דלכשתתאלמן או תתגרש יהא הגוף שלה, ואי ממה שהזכירה בשימוש נימא דמאחר להוצרך להזכיר שמעון לזכותו בתשמישי החצר הזכיר ג"כ שאשתו. ובשלמא בנדון חזה התנופה שהמתנה לא היתה אלא לו לבדו דייק שפיר דממה שהזכיר אשתו בשימוש ללא צורך ניחא דאמרינן דלמעוטי בניהם הוא דאתא, אבל לדברי הרא"ש קשיא זהו תורף תמיהתו יע"ש והניח דברי הרא"ש בצ"ע .

ובחפשי באמתחות הפוסקים ראיתי בש"ו פרח מטה אהרן ח"א סי' ח' דף כ"ד ע"ג נתעורר בזה על הרא"ש הרב הגדול כמוהר"ר חסדאי הכהן, ומכח תמיהא זו שיבש נוסחת הטור והעלה דהעיקר בדברי הרא"ש הוא דמיירי בנדון דחזה התנופה ממש זת"ד שם יע"ש, ובסי' ט' דף כ"ו ע"ג ראיתי להרב הגדול אהרן קדוש ה' הביא תמיהה זו שתמהו על הרא"ש וכתב עליו ואחר המחילה או' וכו' דגם בנוסחת חזה התנופה ראוי לדקדק כמו כן דמהיכא דייק דאין לבנים חלק כלל וכו' דאימא דבבית שהזכיר לשמעון לבד יירשו בניו זכותו ובתשמישין שהזכיר לאשתו אימעיטו בניו מהתשמישין, זת"ד יע"ש. ומכח זה כתב אלא ודאי יש לומר דמי שזכה בבית זכה בתשמישין דמה יועיל זכית הבית בלא תשמישי החצר וכו' עד אלא ודאי דאין לדקדק כך אלא דבהזכרת אשתו בזכית הבית לבד זכתה בהשמישין וא"כ למה הוצרך להזכיר בתשמישין אשתו אלא ודאי אתא למעוטי הבנים ולפ"ז אף נסחאת הטור אתיא שפיר ע"כ יע"ש באורך, ואני הצעיר אחר המחילה רבה מעצמותיו הקדושים כדת אמינא מי יתן ידעתי ואמצאהו להבין אמרותיו הקדושים כי דבריו ז"ל הרבה יגיעות יגעתי לבוא עד תכונתם ולא הונח לי ודבריו מרפסן איגרי, חדא דאם כדבריו דכל שזכה בבית זכה בתשמישין א"כ יקשה דאמאי דייק הרא"ש ז"ל מדהזכיר אשתו ולא הזכיר שמעון ואשתו והול"ל מדהזכיר שמעון ואשתו למעוטי בניהם וכו' דהא בתרוייהו אין צורך לזכותם בתשמישין מאחר דממילא קא זכו כדקאמר דכל שזכה בבית זכה בתשמישין. ולמה לא דייק הרא"ש למלתיה אלא מדהזכיר אשתו ותו לא, וכי תימא דלגבי דידיה הוצרך להזכירו לזכיתו ג"כ בתשמישין נמצא דזה סותר דבריו שכתב דמסתמא כל שזכה בבית זכה בתשמישין, ואם כאמר דכונתו דמאחר שזיכהו לשמעון בתשמישין אין צורך לזכית לאשתו דממילא זכתה. גם זה א"א דמי גילה לו רז זה הא אי לא הוה מזכה אותה בתשמישין לא היתה זוכה בהם והוה אמינא דדוקא שמעון דזיכהו בתשמישין שבחצר הוא לבדו זכה ולא אשתו ולכן הוצרך לזכותו ומאן פלג ליה לתת הפרש בין דידיה לדידה .

ותו תמיהה לי דהא הלכה רווחת איפכא דהזוכה בבית לא זכה בתשמישין של החצר אם לא כשזיכהו להדיא גם בתשמישין שהרי גבי מוכר בית לחבירו פסק הטח"מ סי' רי"ד דהמוכר את הבית דוקא דברים דקבועים בו בכלל אבל לא בור ולא דות ולא מחילות ולא גג ולא יליע יע"ש סי"ז, הרי דתשמישין שבחצר אינם בכלל, וכי תימא דהיינו דוקא במכר אבל לא במתנה משום דקי"ל כל הנותן בעין יפה הוא נותן. וא"כ גבי מתנה תשמישין בכלל וכמ"ש הטח"מ סי' רי"ו סעיף ט' וז"ל וכל אלו שאינם נמכרים בכלל בית וכו' אם נתנם לאחר במתנה הכל בכלל וכו' יע"ש, ליתא שהרי כתב עליו מרן הב"י שם ז"ל כתב ר"י ן' מיגאש ז"ל דכי אמרינן זכה בכולן דוקא במה שהוא תוך השדה או תוך הבית כגון וכו' אבל במה שאינו תוך הקרקע שנתן לו כגון יליע וחדר מכר ומתנה שוין הם דכי היכי דאינם בכלל מכר ה"נ ליתנהו בכלל מתנה וכתב הרב המגיד בפ' כ"ו שלדבריו הסכים הרשב"א ע"כ יע"ש, ועיין בתולדות אדם להרשב"א סי' כ"א יע"ש הרי דגם במתנה לא זכה בתשמישי החצר אם לא שזיכה לו. וא"כ היאך כללא כייל הפרח מ"א דמי שזכה בבית זכה בתשמישין ומנ"ל דהרא"ש ז"ל חולק על זה. סוף דבר תירוצו זה פליאה נשגבה ממני ולנ"ת גדול .

ולישוב תמיהתו שתמה על חזה התנופה ילע"ד דבעיקר המתנה שנתן החדר לשמעון שידור בה ודאי דפשיטא ליה שלא זכו בניו אחריו שהרי לא נתנה לו על מנת להורים ולהנחיל לבניו אחריו כמשפט כל נותני מתנה אלא לשמעון לבדו נתנה ולכן ודאי דבניו לא זכו, אבל בתשמישין שנתנם לו ולאשתו אילו לא היה כתוב מעכשיו ועד עולם פשיטא ליה דודאי דוקא לו ולאשתו נתנם ואין לבניו חלק כלל. אמנם מאחר שכתוב מעכשיו ועד עולם היה מקום לומר שזכו בניהם אחריהם ואף לזאת השמיענו החזה התנופה דמדהזכיר בתשמישין שמעון ואשתו הגם שכתוב מעכשיו ועד עולם הזכרת שניהם בימלה מאמר זה ובא למעט בניהם אחריהם שדוקא לשמעון ולאשתו

זיכה

יע"ש הרי דבמשייר דירה לעצמו העלה הרשב"א שדוקא לו ולאשתו שייר דהויא כגופו לאפוקי בניו הקטנים והנטפלים עמו, ה"נ בנ"ד שהוא הקנה לה גוף הבתים לדירה דוקא וכתוב בה שתדור היא והוא יש לנו לומר דהיא דוקא תדור עמו ולא בניה הקטנים והנטפלים עמה דהו"ל כמשייר דירה ולאפוקי מזה כתב ונחלתם תהיה לה ולבניה לומר שהדירה היא שהקנה לה לדור היא והוא לא מיעט בניה והנטפלים עמה אלא תהיה לה כלומר לנטפלים עמה ולבניה הקטנים ונמלא שהוצרך הדבר לאומרו שאלמלא כן אין הבנים במשמע ולא הנטפלים עמה והיה בו כח לדחותם מהדירה שהקנה לה. מיהו היינו דוקא כל ימי היותו חי ראובן עמה הקנה זכות הדירה לבניה ולנטפלים עמה. אבל אחרי מותו אית לן למימר דלא קנתה ואין לה זכות בדירה ולא לבניה מדין מתנת אמס אלא מכח ירושה דזיכתה להם תורה והיינו דמסיים בה ולאורך ימים ושנים יחלקו האחים וכו' לומר דאחרי מותו יזכו הבנים בבתים מדין ירושה שזיכתה להם תורה. ובזה עלו ובאו כל דברי הכתובה על נכון בדיוק נמרץ. ומלת נחלתם נבאר לקמן בס"ד.

ואל תשיבני לזה דאי לרבות בניה בחייו לדירה נתכוון, הלא אין צורך לרבוייהו. דאי מדברי המבי"ט ז"ל שזכרנו שהעלה שאין זכות לבן בדירה הרי חלק עליו מאור עינינו וגאון עוזינו מוהר"י קארו ז"ל וזיכה לבן ולאלמנתו בדירה כאשר יר' הרואה להמבי"ט שם שהביא דבריו יע"ש, והגם דהמבי"ט לא חש לדבריו אנן אבתריה דמרן גרירנא ומי כמוהו מורה אשר קבלנו עלינו הוראותיו. ואין לנו ללכת אחר הוראת המבי"ט נגד דברי מרן ז"ל, והגם שנאמר שלהיות שדברי מרן לא נגלו לעינינו לדעת טעמו ונימוקו מאיזה טעם חלק עליו רק הביא דבריו בסתם וכיון שכן אית לן למימר דטעמו של מרן שחלק עליו שם היינו מטעם דמאחר דלאה אמו הניחה בנה ואשתו וחמותו לדור עמה כל ימי היותו חי אלא שלאחר מיתת בנה באה לערער, לאו כל כמינה מדסתקה כל ימי חיי בנה ולא מיחתה בו נר' דמחלה וויתרה לו הדירה ולהכי אפשר שמכח זה זיכה מרן ז"ל גם לאלמנתו אחריו לדירה וחלק עליו ולעולם דאי מתחלה לא היתה מנחת בנה לדור אצלה, ודאי שהדין עמה דלעצמה שיירה ולא לאחר כמ"ש הרשב"א אלא דשאני התם דמדין מחילה אתי עלה לחלוק על המבי"ט כאמור, וחזר הדין דבעלמא לא יחלוק מרן על הרשב"א. ומה גם שהוא הביאם בספרו הנכבד בית יוסף ולא חלק עליו אלמא דכותיה ס"ל וא"כ חזר הדין לנ"ד דהו"ל כמשייר דירה שאין בניו הקטנים והנטפלים עמו בכלל, ולהכי הוצרך לרבוייהו והוצרך לומר ונחלתם וכו' לרבות בניה והנטפלים לה כאמור. מ"מ אכתי יש לדוחה לדחות דבנ"ד אין צורך לרבוייהו שהרי מלאנו ראינו למוהר"י די בוטון בס' עדות ביעקב סי' ע"ג הביא דברי הרשב"א שמלא בב"י והוא קרוב לדברי הרשב"א שהובאו בב"י ולמד מהם הרב ז"ל שם וז"ל ונלע"ד תולעת יעקב דה"ה והוא הטעם שאם ראובן מכר בית לשמעון ע"ת שידור הוא בה כך וכך שנים וכו' והנה לראובן יש לו אשה ובנים ורוצה לדור בה הוא ואשתו ובניו ודאי דאין שמעון מצי למחות בידיה וכו' דאמינא אומדן דעת הוא שלא עלתה על דעתו שישלח מעל פניו את אשתו ואת בניו וכו' ולא זו בלבד קאמינא אלא שאם זה האיש היה אמוד להיות בביתו עבדים ושפחות וכו' לכל כיוצא באלו שייר כל שהוא קיים ע"כ יע"ש. ועפ"י דבריו אלה בנ"ד אין צורך לרבות בניו דמהיכא תיתי למעוטינהו מאחר שהאומדן דעת איפכא. גם לזה אשיב כי אשר עיני בשר לו המה יחזו שם להרב המרשים שם תפס עליו בזה וז"ל וזכורני דבתשו' אחרת להרשב"א וכו' עד ואלא בתשו'. הביא מב"י שהביא הרב המחבר כנז"ל לא כתב כן וצ"ע עכ"ל. ובודאי דאין כונת הרב המרשים לתמוה על דברי הרשב"א אהדדי כי אין מהם שום סתירה יען כי בתשו' שמלא כמהר"י די בוטון ז"ל לא הוזכר בה בנים כלל זולתי מסתברא לי שאף לאשתו שייר וכו' וכיון שכן ודאי דדוקא אשתו הוא דמרבינן לה אבל בניו לא וזהו כמו שסיים בתשו' שהביא מרן הב"י וא"כ פשיטא שאין כונתו לתמוה על דברי הרשב"א אהדדי כי אין בהם שום קושי כלל. אלא ודאי דעיקר תמיהתו היא על מה שילא לידון הרב המחבר ללמוד מדברי הרשב"א דלאו דוקא אשתו אלא גם בניו ועבדים ושפחות בכלל ולדידיה הוא דקמתמה דמדברי הרשב"א שהביא מרן הב"י מוכח הפך דבריו דדוקא אשתו רבינן לה ולא אחר אין ספק אללי כי זהו כונת הרב המרשים ומשה אמת הגם שדבריו לא הובאו בדקדוק. והנלע"ד להליץ בעד העדות ביעקב דלא נעלם מעיני חכמתו דברי הרשב"א שהובאו בבית יוסף שאין הבנים בכלל הדירה. מיהו דקדק הרב ז"ל מדברי הרשב"א דנקט בלישניה וא"כ נשא אשה דקדק מדבריו דע"כ לא קא ממעט הרשב"א הבנים אלא דוקא בזמן שכשייר הדירה לעצמו היה רווק פנוי בלא אשה ובנים ושוב א"כ נשא אשה אז הוא דקאמר דאין לרבות שידור עמו אלא אשתו דהוייא כגופו אבל בניו אימעיטו והיינו דוקא כל שהיה פנוי בלא אשה ובנים כששייר. אבל דברי הרב עדות ביעקב הם דבשעה ששייר הדירה היה נשוי אשה והיו לו בנים כדדייק בלישניה והנה לראובן יש לו אשה ובנים ולא נקט וא"כ נשא אשה כדנקט הרשב"א להשמיענו דכל שהיו לו אשה ובנים בעת ששייר הדירה לעצמו דאז אף אשתו ובניו בכלל דאומדן דעת הוא דמאחר דבעת השיור היה נשוי אשה והיו לו בנים אמדינן דעתיה דלא עלתה דעתו שהוא לעצמו ידור בבית ויפרד מאשתו ובניו. ומילי דסברא נינהו אבל לעולם דכל היכא דבעת השיור לא היו לו לא אשה ולא בנים ושוב נשא אשה אז הוא דדוקא אשתו מרבינן לה ולא לבניו כדכתב הרשב"א וגם העדות ביעקב אזיל ומודה לס' הרשב"א, ודבריו הם בהיו לו אשה ובנים בעת ההיא דאז כולם בכלל וכן אם היו לו עבדים ושפחות בעת ההיא גם הם בכלל מכח אומדן דעת כנלע"ד ביישוב דבריו ז"ל.

ונמצא בין לפי מה שהשיגו הרב המרשים ובין למה שהללתי בעדו נפקא לן דהעיקר הוא דכל היכא דבעת השיור לא היו לו אשה ובנים ודאי דדוקא אשתו מרבינן להו ולא בניו. וא"כ חזר הדין לנ"ד דבעת שהקנה הדירה לאשתו טרם נישואיו היה ומאחר דכתב שתדור היא והוא היה עולה על הדעת שדוקא לה זיכה בדירה ואימעיטו בניה אמטו להכי הוצרך לכתוב ונחלתם תהיה לה ולבניה לרבות הנטפלים עמה ובניה כדבר האמור ולעולם דלא זיכה אותה ובניה אלא דוקא כל ימי היותו חי ולא לאחר מותו, ומאמר ונחלתם תהיה לה וכו' הגם שלשון נחלה הוא נאמר על ירושה מ"מ גם לשון נחלה נאמר על חלק כמו אני חלקך ונחלתך וכן להיות לו לעם נחלה וכן יעקב חבל נחלתו וכן העם בחר לנחלה לו וכן נחלת ה' בנים וכמוהו רבים דבכולהו מלת נחלה הוא מלשון חלק כמו שחברם בס' השרשים יע"ש, גם הכי נאמר שפי' ונחלתם הכתוב בנ"ד פי' הוא וחלקם לומר דחלק הבתים שנתן לה לדירה החלק ההוא שזיכה לדירה יהיה לה ולבניה וכונתו לזכות לנטפלים עמה ולבניה דלא למעוטינהו ואינו מלשון ירושה זולתי לשון האחרון האמור יחלקו האחין בנחלה דזה ודאי לשון ירושה כן היה נלע"ד לדון ולומר דלעולם לא זיכה אלא דוקא לימי היותו חי ולא לאחר מותו וכדפרישנא.

ותו איכא טעמא אחרינא בנ"ד לומר דלא זיכה אותה אלא כל ימי חייו דוקא ממ"ש שתדור היא והוא כל ימי עולם ומאמר היא והוא מורה דוקא על שניהם יחד וכדבעי'

הר"מ. וא"כ הסיא דהל' זכייה לרבותא נקטיה. ועלה בידינו לפי זה דגם לדעת הר"מ יודה כיולא בנ"ד שזכה והחזיק בגוף הבתים לדירה הגם שלא נתן קלבה לשנים קנתה וכ"ד עדיף מנדון הרשב"א דהרי שם לא הקנה אלא כל ימי היותו חזן או סופר ואפ"ה העלה דקנה כ"ש בנ"ד שכתוב כל ימי עולם דפשיטא דקנתה לכ"ע ובר מן דין אף אי נימא דמאי דנקט הר"מ בה' זכייה תנו בית זה לפ' כדי שידור בו עד זמן פ' דהוי דוקא ובעי שיקלוב הזמן. נ"ל דכיולא בנ"ד שכתוב בו כל ימי עולם פשיטא דקנתה דלא אתא למעט אלא דוקא באומר תנו לו בית זה לפ' כדי שידור בו ולא הזכיר זמן כלל הוא דלא מהני משום דדילמא ידור בו שעה אחת קאמר. משא"כ בנ"ד שכתוב כל ימי עולם פשיטא דמהני ואפי' מוהרא"ח דמספקא ליה בנ"ד היינו לפי שלא הזכיר זמן כלל אבל בנ"ד ליכא ספיקא כלל.

ותו טעמא אחרינה דלא נאמרו דברים הללו אלא במי שמקנה גוף הבית לדירה לזולתו ואין לו שום תערובת למקנה בדירה הזיא אלא לזולתו הקנה בהחלט אז הוא דבעי' שיקלוב לו זמן אבל בנ"ד שהשוה כחו לכחה ואמר שידור הוא והיא כל ימי עולם אמינא דכי היכי דלגבי דידיה לא בעי' שום קלבה ולעולם הם שלו דהא הבתים הם שלו מקנת כספו גם מה שהקנה לאשתו והשוה כחו לכחה לדור היא והוא כל ימי עולם כל כי הא מהני ואפי' לדעת הר"מ יודה דקנתה מן הטעמים שזכרנו נוסף על זה דהלא מוהרי"ט בשניות בח"מ סי' מ' הביא דברי מיהרא"ח הנז"ל ונשא ונתן על כל דבריו, וטרם בואו למאי דקמן ראה ראיתי למוהרי"ט שם עמ"ש מוהרא"ח ליישב דברי הרא"ש בתשו' כלל ו' סי' כ"ד עם מ"ש בספ"ב דשבועות דהאוסר פירות עולם עליו כיון שלא קבע לו זמן נאסרו עליו לעולם שנמלא סותר עלמו והרב ז"ל חילק דשאני גבי מזונות שיש להם זמן קבוע משנה לשנה וכו' יע"ש, וע"ז כתב מוהרי"ט ז"ל וז"ל ואינן מתישבין אלא דמה נאמר אם היה באמלע השנה שאין דרך להכין אז לרכי השנה וגם אין קונבין לו מן השמים וכו' יע"ש, ונוספה נחלתי על מוהרא"ח ז"ל דהלא הרא"ש ז"ל בשאלה דכלל ו' נשאל בין על המס שפטרוהו בין על המזונות ועל שתיהן השיב דיד בעה"ש על התחתונה דבמזונות בשנה אחת מפטר ובמס נמי כמו כן, והשתא אף אי נודה לחילוק מהרא"ח ניחא גבי מזונות. אכן לענין המס יקשה דאמאי לא אמרינן דלעולם משמע דומיא דההיא דשבועות, וא"כ לא ידעתי היאך העלים עין מוהרא"ח ממנו ולא שת לבו גם לזאת. סוף דבר דברי מוהרא"ח נפלאו ממני וגם מה שישב מוהרי"ט גם דטעמו של הרא"ש הוא ממ"ש או יתן לו ק' זהובים לשנה שהלשון מסופק אם ר"ל בעד שנה א' או בכל שנה ולכן גזר שאינו חייב לזונו אלא שנה אחת משום דיד בעה"ש על התחתונה זת"ד מוהרי"ט יע"ש. ולא ידעתי מה יענה לענין המס הנשאל שם הרא"ש והעלה דמאחר דבסתם פטרוהו דייני' ליה לפחות שבלשונות יע"ש. ואמאי הא הכא לא היה כתוב לא שנה ולא שום זמן וא"כ נימא דלעולם משמע כי ההיא דשבועות. ואמאי לא נרגב מזה, ולכן הנלע"ד לחלק בין כשהפיטור או החיוב הוא מאחרים דומיא דמזונות ומסים ודומיהן אז הוא דדייני' ליה לפחות שבלשונות ואמרינן יד בעה"ש על התחתונה. וכן נמי כשמחייב עלמו לאחרים כי ההיא דנודר להביא נדבה משלו שהביא הרא"ש אזלינן אחר פחות שבלשונות. משא"כ בחיוב שאוסר על עלמו מבלי שום שיתוף אחרים כלל כההיא דשבועות שאוסר פירות על עלמו מסתמא אמרינן דלעולם משמע, כללו של דבר דיש לחלק בין דבר שהוא לעלמו ונמשך לאחרים בין לחיוב בין לפיטור, לדבר שהוא לעלמו לבד ואין לאחרים שום דבר עמו דאז לעולם משמע מט' דיהיב הרא"ש בתשו' דהמע"ה ולכן אמרינן יד המוליא על התחתונה כנלע"ד ברור. ועיין בסמ"ע סי' ס' ס"ק ט"ז ובסי' רי"ב.

ולמאי דאתינא עלה דמיהרי"ט ז"ל בענין האומר תנו בית לפ' לדור בו העלה בדעת הר"מ דהלכות זכייה דלעולם אף דלא הזכיר קלבה קנה הואיל והקנה גוף הבית. אלא דבמקנה סתם לעולם משמע, ולכן בעי' קלבה שלא יבא נשמע לעולם וכשלא הזכיר קלבה לעולם משמע זה תורף דברי מוהרי"ט ז"ל וחלק על מוהרא"ח יע"ש באורך, וכמו כן ראיתי לאיש אלקים קדוש היא מיוחסי כהונה בשער אפרים ריש סי' קל"ג שהרבה להשיב על דברי הר"מ מיניה וביה ולבסוף המחוור יותר בדעת הר"מ העלה כדבני' מוהרי"ט והרחיב ישובו יותר לתת הפרש בין מקנה בית דירה למקנה אילן לפירותיו יע"ש בארוכה, ועלה בידינו לדברי שמהם דבמקנה גוף הבית לדירה דסתמא לעולם משמע ושניהם שוין לטובה ולדעתם ז"ל כ"ש בנ"ד שהקנה גוף הבית לדירה כל ימי עולם דודאי לא מיקרי דבר שאינו קלוב וקנתה ולפי הטעמים שהזכרנו לעיל נ"ד ניחא טפי.

אכן אתנהלה לאיטי בעיטי לתור ולדעת בנ"ד אם זכתה האלמנה בדירה לאחר מות ראובן בעלה. דהנה לפי פשט נוסח דברי הכתובה המונח לפנינו שכתוב בה זיכה והחזיק את הכלה הנז' וכו' שתדור היא והוא כל ימי עולם וכו" עד ואין כח ביד החתן הנז' לדחותה מהבתים הנז' וכו' ואפי' אם תחזור לרתה ותהיה חובקת בן וכו' מאחר שהחזיקה בהם בשופי וכו'. הנה ריהטא דלישנא משמע דלא זיכה אותה בדירה אלא כל ימי היותם היא והוא בעולם חיים וקימים אמנם בהעדר ראובן אין לה שום זכות בדירה, וכי תימא ומה לורך בימי חייו לזכותה הלא בלאו הכי הוא מחויב בדירתה כיון שהוא מתנאי כתובה. לזה י"ל דאיברא דמחויב בדירתה אבל מי יימר שהוא בבתים הללו הא אפשר שהוא ישכיר בית דירה אחרת לו ולה ובתים אלו ישכירם לאחרים מאחר שיגיע לו הנאה שישכירם ביותר וירויח בהם, לזה הולרך לזכותה בגוף הבתים לדירה דהשתא אפי' שירויח בהם מאה מנה אין בו כח לדחותה וזהו שכתוב לשום סיבה שבעולם, זאת ועוד אחרת בא למעט שאפי' אם לרתה תהיה חובקת בין אין בו כח לדחותה. דבזולת הזיכוי הלזה הוה מלי להשכיר לה בית דירה אחרת ולרתה תהיה דרה בבתים הללו. לכן זיכה אותה בדירה כדי שלא יוכל לדחותה כלל. ופשיטות הדברים ממשמשין ובאים דלא זיכה אותה אלא לכל ימי היותו חי הוא והיא לא לאחר מותו. וכ"ת שהרי כתוב ונחלתם תהיה לה ולבניה שזה מורה דאף לאחר מותו זיכה אותה בדירה דאל"ה האי לישנא דונחלתם וכו' מאי למימרא, לזה י"ל שהולרך הדבר לאומרו עפ"י מ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י ז"ל ח"מ סי' רנ"ז מתו' ב' ז"ל שאלה ראובן נתן מתנות ביהו לבנו ושייר במתנתו בלשון הזה ושיירתי לעלמי בלבד דירה ומזונות וא"כ נשא ראובן זה אשה ורולה לדור עם אשתו באותו מתנות וכו', תשו' שורת הדין וכו' אבל במשייר דירה לעלמו מסתברא לי שאף לאשתו שייר דלא עלה על הדעת שלא יהיה לו שמש לשמשו ולטרך הוא לאפות ולבשל לעלמו וכו' והא דקאמר לעלמו לבד לומר שלא ידורו עמו אפי' בניו הקטנים ולא הנטפלים עמו והביא ראיה מהירושלמי יע"ש, גם המבי"ט ז"ל בח"א סי' פ"ב נשאל בכיולא בזה על אשה שנתנה עליה אחת לבנה מתנה גמורה ע"מ שתדור היא בה כל ימי חייה ודר בנה בחייו ומת ורולה אלמנתו לדור עם חמותה. והשיב דודאי דירת העליה היא לה לבדה וכו' וכן אם כתוב בשטר שתדור היא כל ימי חייה משמע היא ולא היא ואחר, כדאמרינן גבי גט וכתב לה, לה ולא לה ולחברתה, ועוד האריך בראיות יע"ש

אחך מתני' הנז"ל יע"ש. מ"מ אנן כדעת רשב"ס ס"ל עיקר להלכה ולמעשה כמ"ש הרא"ש ז"ל פ"ק דקידושין ומרן בכ"מ פ"א מה' מכירה והריב"ש סי' תע"ו, ומרן בשולחנו הטהור סי' קל"ב פסק כן יע"ש. הרי דאף במכר פסקו כן דחזקה לחודה מהנייא ה"ה והוא הטעם גם גבי מתנה דתרויהו חד דינא אית להו לענין ההקנאה, וא"כ לפ"ז בנ"ד דאיכא חזקה ודאי דמטעם חזקה לחודה קנייא וכ"ת דהיינו דוקא בדידעינן דהחזיקה גם בנ"ד יש ללמוד שהחזיקה שכן כתוב וזיכה והחזיק ועדים מעידים עליה דודאי קנתה, וכר מן דין דאיכא קנין ושבועה דאלים טפי כמ"ש מרן סי' קל"ה כנודע וא"כ מכל הצדדים קנתה מדין מתנה.

אבן אכתי עוד נטיתי ידי דאיברא דהאי שטרא ספרא דוקנה כתביה דכתב גם ראובן החתן זיכה והחזיק את הכלה בבתים וכו' שתדור היא והוא כל ימי עולם דבדקדוק כתב כן דאי לאו הכי שזיכה גוף הבתים ודאי דלא קנתה דהא קי"ל דהאו' ידור פ' בבית זה לא קנה משום דגוף הדירה אין בה ממש וכמו שפסק מרן סי' רי"ב וסי' רנ"ג יע"ש והדברים עתיקין, אך את זה ראיתי למוהרא"ח ברא(ש)ונות סי' ק"כ שהעלה דאף במקנה גוף הבית לדירה לא מהני אם לא כשפירש דבריו לזמן פ' דאי לאו הכי אפשר דשמא ידור בו שעה א' קאמר ולידד בזה שני לדדין דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי וכיון שהדבר ספק קרקע בחזקת בעליה קיימא כאשר יראה הרואה שם הדבר באורך.

ואני הצעיר נ"ל לפי דבריו דגם בנ"ד שלא נתן קצבה שייך לספק הרב ז"ל והגם דאמר בנ"ד שתדור היא והוא כל ימי עולם אכתי מידי ספיקא לא נפקא דהא לפי דברי התו' פ' מי שמת דקמ"ח ד"ה ש"מ שאמר הלואתו לפ' וכו' כתבו וז"ל דהא דירת בית כמו כן יכול להקנות ע"י הבית ופירות דקל ע"י הדקל שיקנה לו הבית לדור בו כך וכך שנה והדקל לאכול פירותיו בכו"כ שנה עכ"ל לעניננו, וריהטת הלשון משמע דס"ל דבעי' שיפרש השנים הא לאו הכי לא מהני דאי לאו הכי ל"ל לומר כך וכך שנה היל"ל שיקנה לו הבית לדור בו ותו לא, ומדלא נקטי כן יש לדון דבמקנה הבית לדור בו לא מהני דהו"ל דבר שאין לו קצבה, וגם מדברי הר"מ פרק עשירי מזכייה יש לדון כן שכתב אבל אם אמר תנו בית זה לפ' כדי שידור בו עד זמן פ' יע"ש. ומדנקט כן אלמא דוקא בקצב השנים מהני והגם שיש לנו לומר דלרבותא נקטיה וכמ"ש מוהרא"ח ז"ל סי' הנז"ל יע"ש. מ"מ מידי ספיקא לא נפקא. דתינח בדברי הר"מ דיכולין להתפרש דלרבותא נקטיה מיהו דברי התו' דקאמרי שיקנה לו הבית לדור בו כך וכך שנה לא שייך למימר בהו לרבותא דהא לכתחלה קאמרי שיקנה לו הבית וכו' כך וכך שנה. ועוד דגם בדברי הר"מ לכאורה נר' דס"ל דדוקא בעי' שיפרש הזמן עד זמן פ'. וכפי הצד הא' שלידד מוהרא"ח בדברי הר"מ יע"ש ולאו דלרבותא נקטיה. ואמינא לה דהלא ידעת בהא דהאו' ידור פ' דלא קנה דעת רשב"ם והתו' והר"מ פכ"ב מה' מכירה דין י"ד הוא משום דדירה אין בה ממש. ולדעתם בעי' שיקנה גוף הבית לדירה ומהני דבגוף הבית הא הוי ממש מיהו דעת בעל העיטור והמרדכי דטעמא הוי משום דידור בו שעה א' קאמר ולדידהו לא סגי בהקנאת גוף הבית לחוד אלא במפרש נמי קצבת הזמן שידור בה דאל"ה אכתי לא פלטי' מלומר דשמא ידור בו שעה א' קאמר וכמ"ש שם מוהרא"ח דבריהם יע"ש. וחזינא ליה להר"מ דהגם דהוא מן הסוברים דטעמא הוי משום דדירה אין בה ממש. מ"מ נקט בלישניה בה' זכייה תנו בית זה לפ' כדי שידור בו עד זמן פ' אלמא דבעי קצבה, ולדידיה יקשה דמאחר דס"ל דטעמא הוי משום דדירה אין בה ממש א"כ הול"ל דבמקנה גוף הבית סגי. ומדנקט נמי דבעי' שיאמר עד זמן פ' אלמא דתרתי בעינן שיקנה לו גוף הבית ויקצוב לו ג"כ זמן הא לאו הכי לא, ואזדא לטעמיה דפסק בפי"א מה' מכירה דין י"ו וז"ל חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות ה' שנים אעפ"י שקנו מידו לא נשתעבד שזו כמו מתנה וכו' הרי דדבר שאינו קצוב לא משתעבד ה"נ בדירה כל שלא קצב הזמן לא מהני. וכ"ת שאני התם דהמזונות או הכסות אין להם קצבה לכך לא קני משא"כ הכא שכבר הקנה גוף הבית לדירה ולא מיקרי דבר שאינו קצוב, הא ליתא דהא מרן ז"ל בשולחנו הטהור בח"מ סי' ס' העתיק דברי הר"מ וכתב עליו מורם בהגה ז"ל או שלא נתן קצבה לשנים וכו' יע"ש, אלמא דס"ל דאף דקצב המזונות כל שנה כתן קצבה לשנים הו"ל דבר שאינו קצוב לדעת הר"מ, אמור מעתה דגם במקנה הבית לדירה לדעת הר"מ לא קני אם לא שקצב זמן דאל"ה מיקרי דבר שאין לו קצבה ולא קני, וכמלא לפ"ז דמ"ש הר"מ בהלכות זכייה כדי שידור בו עד זמן פ' בדוקא נקט לה כי היכי דלא ליהוי דבר שאינו קצוב, ולפ"ז הדר דינא דבנ"ד דלא קצב זמן לדירה לא מהני ואפי' שאמר כל ימי עולם.

אמנם אחרי ראותי היטב נר' דכיולא בנ"ד כל אפייא שוים דקנתה, חדא דמעיקרא בהא דמתחייב בדבר שאינו קצוב רבו החולקים על הר"מ והכל עלו דקנה וכמ"ש מרן סי' ס' להלכה ולמעשה כדעת החולקים עליו, ואפי' דמוהריב"ל ח"א סוף כלל י"ב ומוהר"ש אלקלעי וכמה מרבוותא העלו דמצי המוחזק לומר קים לי כהר"מ כאשר אספם הרב המאסף שם סי' ס' יע"ש. מ"מ בכל ארץ ישראל וסביבותיה אשר קבלנו הוראות מרן ז"ל לא דיינינן קים לי נגד הוראת מרן ומאחר אשר הוא ס"ר המסכי"ם לסברת החולקים על הר"מ להלכה ולמעשה כותיה נקטי'.

ותו דבנ"ד גם הר"מ יודה דמאחר שכתוב כל ימי עולם לא הוי דבר שאינו קצוב, וזה מאשר הורה גבר הרשב"א ז"ל בסי' ס' מחו' א' במי שנתחייב עצמו בקנין לתת מנה לשנה כל ימי היותו סופר או חזן אעפ"י שאין השנים קצובות מיקרי קצוב אף להר"מ וכ"כ רבי ירוחם נתיב ט"ו ח"ג. וכן השיג שם בסי' ס' ס"ק י"א, על דברי מור"ם וגם הסמ"ע יע"ש, גם מרן בב"י סי' ר"ז מחו' מ"ח הביא דברי הרשב"א הנז' יע"ש, הרי דכל שנתחייב במנה אף שלא נתן קצבה לשנים העלה הרשב"א דגם הר"מ מודה דהוי דבר קצוב. ולדעתי הגם שדבריו אינם צריכין חיזוק מ"מ מדברי הר"מ יש ללמוד כן שהרי שם בפכ"ב מה' מכירה העלה דכל שהקנה גוף הבית לדירה וגוף האילן לפירות דקני ולה הזכיר קצבה. וגם בהלכות זכייה אף דגבי מקנה הבית הזכיר קצבה, גבי אילן לא הזכיר קצבה ואם איתא דבדוקא נקט לה א"כ גם גבי אילן היל"ל דלא קנה אלא בקצב שנים דהא תרויהו חד טעמא אית להו משום דהוי דבר שאב"מ ומ"ש דפלגינהו אלא עכ"ל דלרבותא נקטיה כמ"ש מוהרא"ח בצ' הא' כנ"ל עיקר. ויעיד ע"ז מדברי הרשב"א שהעלה דכל שנתחייב במנה אף שלא נתן קצבה לשנים אפי' לדעת הר"מ מהני, ואם איתא דמאי דנקט הר"מ וידור עד זמן פ' דוקא הוא א"כ הרי זה סותר דינו של הרשב"א שהרי אפי' שהקנה גוף הבית אפ"ה כתב דבעי' קצבה לשנים, א"כ גם במנה דכותה אלא ודאי מדלא חש לה הרשב"א ש"מ דלא דס"ל דהך קצבה דכתב הר"מ ז"ל לאו דוקא אלא לרבותא נקטיה. ולכן גבי אילן לא זכר הר"מ הך קצבה דשנים ובה' מכירה לא זכר כלל הא דידור עד זמן פ' זה מורה באצבע דס"ל כדעת הרשב"א ז"ל דכי היכי דכל שנתחייב במנה אף שלא נתן קצבא לשנים קנה הכי נמי במקנה גוף הבית לדירה או גוף האילן לפירות שהחיוב נפל על גוף הבית ועל גוף האילן אף דלא הקנה לזמן קצוב מהני אף לדעת הר"מ .

היאך קנתה, הא ודאי בורכא היא שהדברים ברורים דהיינו דוקא דאין כותבין ונותנין לאח"מ אבל בחייו ודאי דכותבין ונותנין בכל שטרי מתנה הנהוגין וזה ברור דאי לאו הכי ביטלת שטרי מתנה וזה פשוט לדרדקי. וא"כ בנדון הרא"ש ז"ל שכתבו יכתבו בחייו ודאי דקנתה. ולכן אין תלונתי זולת על דברי רבינו בעל הטורים .

והנר' בכונתו דודאי שגם הטור ס"ל בעד אביו הרא"ש ז"ל דמתנת בריא היתה זולתי שהיתה בלשון צואה כמשפט העושין צוואות בימי חייהם לאחר מותם כן הדבר בכונת דברי הרא"ש אביו ז"ל והיתה צואתו מהיום ולאחר מיתה ואז ודאי דבעיא קנין וכמ"ש מרן הב"י סי' ר"ן ס"ק כ"ט בשם הרמב"ן וז"ל וכתב עוד הרמב"ן נקטי' מתנה שכתוב מהיום צריכה קנין כמתנת בריא ולא קניא אלא בקנין ואפי' כתיב בה מהיום ולאחר מיתה. וכ"כ הב"י בשם המפרשים וכו' יע"ש והביאו מורש שם בהגהה יע"ש. ולפ"ז ארווחנא דבנדון הרא"ש שהיה מהיום ולאחר מיתה ככתוב בדברי השואל הלכך ל"ש אם היא מתנת בריא אולם היתה מתגת ש"מ מן הדין בעיא קנין, אמטו להכי מהני המתנה ההיא ודוקא ע"י שקנו ממנו ובזה הותרו כל תמיהותינו על הטור ז"ל מיניה וביה דל"ק כלל והוא הנכון, כל זה ראיתי לתור בחכמה להצדיק דברי הטור עם דברי הרא"ש אביו והגם שאין זה נוגע לנדון שלפנינו הן הן הדברים הנקנין באגב הדרן למאי דאתינא עלה שהרי הרא"ש העלה לקיים המתנה מכח מלת תחזיק הכתוב בה ובודאי דלדעתו ז"ל והנמשכים עמו דס"ל דיחזיק הוי לשון מתנה אפי' בבריא א"כ בין אם נפרש דבריו בבריא או בש"מ ניחא שפיר דקנתה דמלת תחזיק לשון מתנה הוא בכולהו .

אבן על פסק מרן בשולחנו הטהור סי' רפ"א שכתב דלשון תחזיק לשון מתנה הוא והוא מועתק מדברי הרא"ש בתשו' הנז' לכאורה קשיא לי בגוויה דהיאך החליט הדין בסתם ולא פירש דהיינו דוקא בש"מ דאי בבריא הלא בסי' רנ"ג פסק הדבר במחלוק' בשם י"א וי"א, ומדהביא דברי הר"מ ודעימיה בי"א בתרא אלמא דס"ל הכי וא"כ היאך כן העלה בסתם דמלת תחזיק הוי לשון מתנה ולא פירש דהיינו דיקא בש"מ. אם לא שנאמר דמרן ז"ל ס"ל בעד הרא"ש דבש"מ היה וכדעת הטור ז"ל בפשט דבריו שכתב דהוי לשון צואה כנז' לעיל כן נר' בדעת מרן ז"ל . וכ"ת אי בש"מ מיירי מאי שנא דנקט מרן מלת תחזיק לחודיה הא איכא לישני אחריני דמהנו בש"מ כגון יטול יזכה ודומיהן. הא ודאי אין זה קושיא דבא להשמיענו דאפי' דכתוב ג"כ ירושה אפ"ה מהני וכמ"ש הרא"ש ז"ל דממלת תחזיק קנתה וכן כתב הסמ"ע ז"ל בסי' רפ"א יע"ש .

היוצא מן המחובר דדעת מרן להלכה ולמעשה הוא דמלת יחזיק לא הוי לשון מתנה אלא דוקא בש"מ ולא בבריא וא"כ בנ"ד אין לדון על דברי המורשים שמה שהחליטו הדבר דהוי מתנה הוא משום דיחזיק הוי לשון מתנה דמאחר דמתנה בריא היא לא מהני, מיהו נ"ד אין שייך לזה כלל דבשלמא אי הוה כתוב תחזיק שהוא נוסח שטר המתנה הייגו לריכין לזה אבל בנ"ד שכתוב זיכה והחזיק אינו לומר דבלשון זה היתה מתנתו רק הוא שטר הודאה על העבר שמעידים העדים שכבר זיכה והחזיק אותה עפ"י הדין דמתנה נקנית בחזקה שהיא א' מהג' דרכים האמורים בה ולכן המורשים יצ"ו כולם שוין דהוי לשון מתנה,

ברם אכתי ראיתי ונתון אל לבי להניף ידי דיראה דע"כ לא נחלקו המורשים אלא לם' שתלה זכייתה בבנים אבל אם היו לה בנים זכרים הכל שוים לטובה דזכתה השנית בגוף הבתים מדין מתנה מכח מ"ש בשטר כתובתה. וכל כי הא טעני' ליורשין דנר' דמעיקרא אין כתיבה זו של הכתובה מספקת לזכות האלמנה דאף דכתיב בה ורא(ו)בן החתן זיכה והחזיק וכו' אין זה מספיק דהא אין שטר מתנתה בידה כמנהג כל נותני מתנה שכותבין שטר מתנה והיא שטר הקנאה וראיה שכתוב בהם וכך אמר בפנינו ח"מ פ' לפ' בית פ' נתון לפ' מתנה גמורה כתחז"ל וכך אמר פ' הנותן לפ' לך חזק וקנה כתחז"ל וכו' כמשפט כל שטרי מתנה. וכל כי הא ודאי דקניא שפיר כיון דאיכא שטר המתנה כתוב וחתום כדין ומיקרי שטר הקנאה אבל בנ"ד ליכא שטר הקנאה וזה שכתוב בכתובה אינו אלא שטר ראיה ולא הקנאה, והנה כי כן חובה מוטלת עלינו לדעת אי קנייא בשטר ראיה או לא, ועיקרא דהאי מלתא בקידושין פ"ק דף כ"ו אמתני' דתנן נכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, ואמרינן עלה בשטר מנ"ל אי לימא וכו' אלא מהכא ואקח את ספר המקנה. אמר שמואל ל"ש אלא בשטר מתנה אבל במכר לא קנה עד שיתן לו דמי וכו' יע"ש, וריהטא דהך שמעתתא משמע דשטר השנוי במתני' היינו שטר הקנאה ולא שטר ראיה מדמייתי לה מקרא דואקח את ספר המקנה ולא מקרא דוכתוב בספר דההיא בשטר ראיה כמ"ש בש"ס. ומדקאמר עלה שמואל ל"ש אלא בשטר מתנה וכו' אלמא דבשטר מתנה לא קני אלא דוקא בשטר הקנאה ולא בשטר ראיה והיינו שכתוב שדי נתונה לך כמפורש בש"ס, וא"כ בנ"ד דאינו אלא שטר ראיה יש לדון דלא קנייא. ואיברא דראיתי להריטב"א ז"ל שם בשיטתו הקשה עלה דמאי מותיב רב המנונא עלה דשמואל מבריתא דקתני בשטר כילד כתב לו וכו' שדי מכורה לך וכו' לישני דשמואל מיירי בשטר ראיה ולהכי קאמר לא קנה עד שיתן לו את הדמים. וברייתא מיירי בשטר הקנאה ומאי דוחקיה דתלמודא לשנויי בשינויי דחיקי, ותירץ דס"ל לש"ס דמלתיה דשמואל סתמא הם בין בשטר הקנאה בין בשטר ראיה זה תורף דבריו יע"ש. ולדידי קושיא ליתא דבהכרח דמלתיה דשמואל בשטר הקנאה הוא דהא מדמייתי קרא דואקח את ספר המקנה ועלה קאמר שמואל ל"ש וכו' אלמא דמילתיה דשמואל אשטר הקנאה קאי ולהכי פריך עליה שפיר מהברייתא ככ"ל הכרח לדבר בתירוץ תמיהת הריטב"א ודוק. והנה מדברי הריטב"א ז"ל שתירץ שדברי שמואל הם בין בשטרי ראיה בין בשטרי הקנאה יש להוכיח לפי זה דא"כ כי קאמר שמואל ל"ש אלא בשטר מתנה דקני דמיירי בין בשטרי הקנאה בין בשטרי ראיה, ולפ"ז חזר הדין לנ"ד דאף דהוי שטר ראיה דקני לשמואל דהלכתא כותיה, אכן עכ"ז לא איריא דמאי דקאמר הריטב"א דלשמואל בין בהקנאה בין בראיה מיירי אינו אלא בשטרי מכר דמאחר דאפי' בשטר הקנאה גבי מכר אמר דלא קנה עד שיתן את הדמים א"כ מכ"ש בשטרי ראיה דודאי דיסבור דלא קנה. ולהכי קאמר הריטב"א דשמואל לגמרי בין בשטרי ראיה בין בשטרי הקנאה ולענין שטרי מכר קאמר לה . אבל בשטרי מתנה דס"ל לשמואל דקנה אית לן למימר דס"ל דדוקא בשטרי הקנאה הוא דקני ולא בשטרי ראיה. וא"כ יש להוכיח דגבי מתנה דוקא בשטר הקנאה מהני משא"כ בנ"ד דאין זה שטר הקנאה אלא ראיה ולא קנתה.

ועל כל אלה נר' דבנדון דידן קנתה בשטר ראיה כזה דע"כ לא אמרינן דבעי' גבי מתנה שטר הקנאה ולא ראיה אלא דוקא כשהקניה היא ע"י השטר לחודיה שהוא א' מג' דרכי ההקנאות ואז ודאי דהיינו נריכין לזה לדעת אי הוי שטר הקנאה. אבל כל שהקנה בחזקה כיולא דנ"ד שכתוב וזיכה והחזיק. הרי כתב רשב"ס בפ' חזקת דיפה כח החזקה לקנות בה לחודה ואפי' באתרא דכתבי שטרא. והגם דהרמב"ן חלוק הוא בזה וס"ל דגם בחזקה אם הוא באתרא דכתבי שטרא לא קנה עד שיכתוב את השטר וכמו שהביא דבריהם הר"ן ז"ל בפ"ק דקידושין

אבך

הרשות ממנו ולאיכנא טפרא מתותיה כ"ל דאין מקום לתמיהותיו על הרא"ש ז"ל. בהשרים לך שורש אמיתי ונכון וקיים דגרסי' בסוף פרק יש נוחלין שלח רבין משמיה דרבי אבהו וכו ש"מ שאמר כתבו ותנו מנה לפ' אין כותבין ונותנין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ואוקמי' דבמיפה כחו מהכי כדאמר רב חסדא וקנינא מיניה מוסף על מתנתה דאין הכי נמי דאמר אף כתבו וחתמו והבו ליה יע"ש. וזו נמי הלכה היא פסקוה כל הפוסקים אשר המתבאר מזה דבש"מ איכא דוכתי דבעי' יפוי כח בתרי גווני דבמקנה בקנין בעי' יפוי כח. וגם במלוה לכתוב שטר בעי' יפוי כח הנז' ואפי' שאינו בקנין אלא שמלוה לכתוב שטר לאודיה בלתי קנין בעי' יפוי כח והוא אף כתבו וכו' והשתא לפ"ז מה נאים דברי הרא"ש הנז' דמ"ש לחלק בין כשהשטר הוא בלשון צוואה לכשהוא בלשון מתנה לא מיירי בלשון צוואה דאיכא קנין דהא ודאי לא עלתה על דעתו ז"ל לומר דליקני בלי יפוי כח דמה בכך שהוא לשון צוואה מ"מ מאחר דאיכא קנין היאך מוליאינו מידי קנין לאחר מיתה. אלא דברי הרא"ש ז"ל הם במלוה לכתוב שטר לאודיה בלא קנין וע"ז חילק דבנמסר השטר לידו מחיים אם הוא שטר צוואה אף שאין כתוב בו היפוי כח הנצרך והוא אף כתבו וחתמו וכו' מהני משום דמאחר דאין השטר אלא לראיה בעלמא אין צורך ליפוי כח הנז' משא"כ כשהוא כתוב בלשון מתנה שדי נתונה לך שגוף השטר לקנין קאי בזה הוא דבעי' היפוי כח שיכתבו בו אף כתבו וכו' משום דחיישינן שמא לא גמר להקנות אלא ע"י השטר ההוא ואין שטר לאחר מיתה ואפי' אם נמסר בידו מחיים לא מהני משום דהוי כמקנה בקנין דבעי' יפוי כח שיאמרו וקנינא מיניה מוסף על מתנתה דאי לאו הכי לא קני משום דהוי קנין לאחר מיתה ולא אמרי' איגלאי מלתא למפרע דקנה מעת שקנו מידו בחיים ה"נ דכותה דאף שנמסר בחיים בידו לא קנה אם לא במיפה כחו, מיהו היינו בלשון מתנה אבל בלשון צואה לא וכמו שנתן טעם לשבח כנז' ונמלא לפ"ז דמ"ש הרא"ש דבלשון צואה קנה לא מיירי בדאיכא קנין אלא בשטר צואה בעלמא בלתי קנין וזה ברור ופשוט בכינת הרא"ש ז"ל להתיר מעליו תמיהות מרן הב"י ז"ל הנז"ל לכל מודה על האמת. שוב מלאתי במוהרי"ט ז"ל בשניות בח"מ סי' ן' שהטלה כן בדעת הרא"ש יע"ש וכיוונתי לדעת גדולים. ועיין עו' בפ"מ ח"א סי' פ"ב דחה דבריו דמהר"מ ברודו ובסי' פ"ג החזיק הפ"מ דברי מוהרי"ט, יע"ש באורך וברוחב.

ואני בעניי נ"ל שגם מרן הב"י ז"ל לא על הרא"ש תלונותיו דחלילה חלילה למרן ז"ל אשר כל רז לא אנים ליה ולפניו נגלו תעלומות חכמה דנעלם ממנו דבר פשוט בזה, רק על דברי הטור ז"ל תלונותיו משום דלעיל מיניה כתב הטור סי' ר"ן ס"ק כ"ה מתנת ש"מ בכולה לא בעי קנין ואם היה בה קנין ל"ש אם כתב לו שטר ופירש בו הקנין לש' נתן לו ע"פ גרע ולא קנה ואפי' אם מת ואפי' אם מסר לו השטר בחיים לא קנה דשמא לא גמר להקנות לו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה, ובס"ק ל' כתב ומיהו הא דאמרינן אפי' הגיע השטר ליד המקבל אינו קונה אלא במיפה כחו היינו שאין השטר כתוב בלשון צואה אלא בלשון מתנה וכו'. והנה פשט דבריו מורים דקאי אדלעיל מיניה אשטר שיש בו קנין שכתב ומיהו הא דאמרינן וכו' ולכן לפי פשט דברי הטור המורים כן גדלו תמיהותיו של מרן הב"י עליו. אכן על דברי הרא"ש הברורים פשי' לי שאין כונתו לתמוה כנלע"ד, וגם על הטור ז"ל אפשר לדחוק ולומר דאין כונתו דקאי בשטר שיש בו קנין רק אשטר לאודיה קאי בלא קנין ואז הוא דחילק בין שטר צואה לשטר מתנה ולא קאי אדלעיל מיניה, אלא דעתו כדעת אביו הרא"ש ז"ל. אבל באמת שפשט דבריו במ"ש ומיהו הא דאמרינן וכו' אין מורין כן, ולא עוד אלא דאי דברי הטור הם בשטר שאין בו קנין לא הי"ל להביא דבריו אלו כאן אלא אח"כ בס"ק ל"ד כשהביא דין הש"מ שלוה שיכתבו שטר שם הו"ל להביאם כי שם ביתו, ובשלמא בדברי הרא"ש דזה הדין של ש"מ שלוה שיכתבו שטר הובא בפ' יש נוחלין ולא הביאו הרא"ש שם, וכלל את שני הדינים בפ' מי שמת ניחא דביאור דבריו כדכתי', אבל לדעת הטור שחלקן לב' מקומות הי"ל להביא דבריו לקמן, ותו דהא לקמן הביא חילוק זה ומה לו להזכיר הדבר בכפלים. וא"כ מ"ש לדעתו אינו דוחק.

ומיהו עפ"י מאי דכתיבנא בדעת הרא"ש ז"ל כי הוא הנכון ניחא שפיר מה שפסק מרן בשולחנו הטהור חילוק הרא"ש להלכה ולמעשה שדבריו הם בש"מ שליוה לכתוב שטר ולא מיירי בשטר קנין ולכן חילק בין שטר הכתוב בלשון צואה לכתוב בלשון מתנה כי הוא חילוק נכון וקיים על הדין ועל האמת, וליישב דעת הטור עיין בב"ח שישב דקאי אדלעיל מיניה ס"ק כ"א יע"ש ועיין בדרישה מה שהאריך בישוב הדברים ולדעתי מאי דכתי' עיקר.

ולפום מאי דכתיב' בין בדעת הרא"ש ובין לדעת הטור בנו ז"ל נפקא לן דזה שכתבו דבשטר צואה דמהני מיירי דוקא בדליכא קנין וא"כ לפ"ז מ"ש הטור בסי' רפ"א דתשו' אביו מיירי בצואה, הדרא קושיה לדוכתין דלדעתו ז"ל אמאי העלה דזכתה במתנה מאחר דמיירי שהיה בו קנין הרי גרע כחה, וכ"ת דהתם במיפה כחו היא הי"ל להרא"ש והטור להזכיר זה כיון שהוא עיקר לדינא, ויותר קשה לדברי הפרישה שם סי' רפ"ה ס"ק ז' שהבין הדברים כפשטן דבש"מ מיירי וכמ"ש וז"ל וי"ל דאי גם הש"מ ידע זה אכתי לא היה נריך להניח לבניו וכו' יע"ש. והן אמת דעל הפרישה ל"ק דאיהו אזיל לשיטתיה שכתב בדרישה סי' ר"ן דבשטר צואה אף דאיכא קנין מהני וכמו שהאריך בישוב דברי הרא"ש והטור ז"ל, אבל לפי דרכינו קשה אם נאמר דמיירי בש"מ. ועוד דאעיקרא פשט דברי הרא"ש בתשו' הנז"ל מוכחו דמתנת בריא היתה שהרי כתוב בה וגוף ברי וכו' ועוד שכתוב עשיתי אחוה עם אשתי וכו' ועוד שכתוב בסוף לשון השואל דכשחלה חוליו שמת ממנו נשתתק וכו'. דנר' דמתחלה במתנת בריא היתה, והן אמת דמהא ליכא למידק מינה דאיכא למימר דחלה ב' פעמים ובפעם הא' עשה צואה זו ועמד ושוב חלה חולי אחר אשר נפטר ממנו לב"ע. ואל יקשה דא"כ היאך מהני מתנה זו הרי ש"מ שנתן כל נכסיו קי"ל דאם עמד חוזר וכתבו הטור והרא"ש דלאו דוקא שחזר אלא ממילא מתבטלת המתנה כמ"ש ריש סי' ר"ן יע"ש ואין לומר דשאני התם דשייר חמשה זהובי' לבניו וקי"ל דמתנת ש"מ במקצת אינו חוזר הא ליתא חדא דאין זה שיור לעצמו דהא לבניו שייר ועוד דאפי' את"ל דלעצמו היה משייר אין זה נק' שיור כל שלא שייר כדי פרנסתו כאשר כתב הטור סי' ר"ן. כ"ש דהכא לבניו שייר וא"כ היאך מתקיימת מתנה זו. הא ודאי ל"ק דשאני בנדון הרא"ש דבחליו השני קיים צואתו הראשונה ככתוב בסוף לשון השאלה יע"ש ונמלא דאין מהדברים הללו הוכחה לומר שהיתה מתנת בריא. אכן משאר הנעת כל דברי השואל מוכח דמתנת בריא היתה. וכ"ת ולדידך דס"ל דמתנת בריא היתה מי ניחא דהיאך זכתה במתנה הרי כתב רשב"ם פ' יש נוחלין אהך מימרא דר' אבהו בש"מ שאמר כתבו ותנו דבמיפה כחו מהני כנז"ל וסיים עלה רשב"ם ומיהו ברי אעפ"י שמיפה כחו כענין דיפוי דש"מ דקאמר תנו אף כתבו אפ"ה אין כותבין ונותנין לאחר מיתה וכו' יע"ש בטעמו והביא מרן הב"י דבריו סי' ר"ן ס"ק ל"ד יע"ש. וא"כ בנדון הרא"ש

היאך

וכללו במאמר לשום סי' בעולם. ועוד דכתב ואפי' אם תבא נרתה תובעת בן אינו יכול לדחותה מבורר הדבר דמאמר זה ביטל האומדנא דנאמרה בנ"ד דכל עצמו לא נתן אלא ע"ד שיבנה ממנה בבן זכר שירש אותו, דליתא דהא אפי' אם יהיה לו בן מנרתה ויש לו יורש נולד מזולתה אפי"ה קיים המתנה. ומאחר דבטלה האומדנא אפי' אם היה כאן גלוי דעת דאמרן לא הוה סגי דתרתי בעינן אומדנא וגילוי דעת ובהספקד א' מהנה בעי תנאי גמור בכל משפטיו. וא"כ מתנה זו שרירא וקיימת דהא נתבטלה האומדנא במאמר ולנרה בן וכל היכא דליכא אומדנא גילוי דעת לא סגי כ"ש דיש כאן גילוי דעת להפך כדאמרן, ועוד אית לן למימר דאפי' אם בנ"ד אומדנא וגילוי דעת לא נתבטלה המתנה אלא אם התנה בלשון תנאי גמור, להיות דהרא"ש והטור כתבו בשם רש"י ז"ל על ההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל דאמרינן דאומדנא וגלוי דעת סגי לבטל המכר היינו במוכר קרקעותיו לפי שאין דרך בני אדם למכור קרקעותיו שהוא מתפרנס מהם אם לא שהיה דעתו מפני סיבה שגילה דעתו אבל מטלטלין לא סגי באומדנא וגילוי דעת אם לא שהתנה בלשון תנאי גמור, וריהטא דלישנא דהר"מ הכי משמע ליה שכתב מי שמכר שדהו ותלרו שהם דברים שמתפרנס מהם שדהו לזריעה ותלרו לדירה וכן העתיק מרן בש"ע ומפני טעמו של רש"י ז"ל ובכן מהני האומדנא עם גילוי דעת לבטל המכר או המתנה. ומעתה בנ"ד שקודם המתנה היה דר וגם אחר המתנה היה דר עמה ידו וידה שוין ואין כאן שום חסרון הניכר כההוא עובדא וכיוצא בה. הרי נ"ד הוא כדין מוכר או נותן מטלטלין דבעי' תנאי גמור כדי לבטל ומאחר דאין כאן תנאי הרי היא בקיומה, ואני לא באתי ללמוד או להורות חלילה כי אם לטעון כנגד אים ריבי ולהכרעת רבנן קדישי אנו צריכין ויבא שכמ"ה.

תשובה אל ה' ויאר לנו כיר"א. טרם אחלה לדבר דבר לשאת ולתת על טענות המורשים. הן קדם יש לתור ולדעת דרוא אנכי דשני המורשים מודים דהוו מתנה ולא נחלקו אלא דתלויה ועומדת אם יהיו לו בנים כמולג בשאלה. ואין לדון ולומר דמאי דפסי' להוי להו דהוי לשון מתנה הוא מהסוגייא דפ' מי שמת דף קמ"ז דאמר רב ששת יטול ויזכה ויחזיק ויקנה דהוי כולן לשון מתנה. הרי דיחזיק הוי לשון מתנה, א"כ ה"נ לשון החזיק הוי לשון מתנה. יען דרואה אנכי דלשון יחזיק דהוי לשון מתנה לאו מלתא פסיקתא היא אלא במחלוקת היא שנויא מערכה מול מערכה שדעת הרמ"א והר"י ן' מיגאש והר"מ היא דלא מהנו לשונות אלו אלא בש"מ אבל לא בבריא וכמ"ש הר"מ פ"ב מה' מכירה דהאו' לחבירו משוך ותקנה או חזק ותקני וכו' לא קנה וכמ"ש שם ה"ה ז"ל יע"ש, מיהו דעת הרא"ש שם דאפי' בבריא קנה שכתב אהך מימרא דרב ששת וכ"ש בבריא שיש עמו קנין, וכן נר' דעת הנמק"י שם שכ' אהך מימרא אילטריך ר"ש לאשמו' דלשונות אלו לשון מתנה אפי' בש"מ כדי דלא תימא כיון שאין שם משיכה ולא קנין לא מהני אלא לשון מתנה ע"כ, הרי דנקט אפי' בש"מ ומשמ' וכ"ש בבריא הואיל ויש שם משיכה או קנין, גם הרמב"ן ס"ל דקני אפי' בבריא וכן דעת הטור כמוזכר בח"מ סי' רנ"ג שהביא מחלוקתם. ומרן שם סי' רנ"ג הביא הדבר בשולחנו הטהור במחלוקת בלשון י"א וי"א יע"ש, מיהו מדהביא ס' הרמב"ם ודעימיה בי"א בתרא אלמא שדעתו נוטה להלכה כדעתם וכדקי"ל הלכה כי"א בתרא. מיהו ראיתי לכאורה תשו' הרא"ש בכלל פ"ד סי' ז' שנשאל על שטר מתנה הכתוב בו אמר לנו פ' הוו עלי עדים בקנין וכו' ותנו לפ' אשתי וכו' ועין יפה וגוף ברי עשיתי אותה עם אשתי פ' וכו' שאם ח"ו אפטר לב"ע קודם לה וכו' עשיתיה יורשת גמורה וכו' והשיב אמנם רואה אני לקיים שטר זה מתוך תיבה א' שכתוב בו ותחזיק וכו' ומלת תחזיק היא לשון מתנה כדאמרן בפ' מי שמת אמ"ר ששת יטול יזכה וכו' יע"ש. הנה פשט לשון דברי הרא"ש מורין דהשיא במתנת בריא היא שכתוב בשאלה וגוף ברי וכו' ואפ"ה העלה דמהני משום מלת תחזיק דהוי לשון מתנה. ולשיטתיה אזיל דאיהו ס"ל דאפי' בבריא מהנו אלו הלשונות. אכן בנו רבינו בעל הטורים סי' רפ"א הביא דברי הרא"ש הנ"ל בשינוי לשון וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ראובן היה מלוה ואמר אם אפטר אני קודם לאשתי עשיתי אותה יורשת גמורה וכו' עד אמנם רואה לקיים נואה זו מתוך תיבה א' שכתוב בה ותחזיק וכו' יע"ש, הנה פשט דברי הטור ז"ל מוכיחין ואין שדברי הרא"ש הנז' במתנת ש"מ היא מדנקט בלישניה לשון נואה ואם הדברים כפשטן לכאורה ק"ל בגויה דהא בנדון ההוא היה בו קנין כמ"ש הטור ז"ל ולקח קנין ע"ז, וא"כ קשה דלמה הרא"ש ז"ל כתב דהוי מתנה מכח לשון ותחזיק. הלא בפ' מי שמת איתמר מתנת ש"מ שכתוב בה קנין וכו' ושמואל אמר לא ידענא מאי אידון ביה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ורמי דשמואל אדשמואל ומוקמינן לאידך במיפה כחו ואמרי' עלה ה"ד מיפה כחו אמר רב חסדא וקינא מיניה מוסף על מתנתה דא, ופסקו כן כל הפוסקים כשמואל דבכתוב קנין לא קנה אם לא במיפה כחו כמ"ש הרא"ש ז"ל שם והרי"ף ז"ל והר"מ פ"ח מה' זכיה והטור ח"מ סי' ר"ן יע"ש, וא"כ יקשה בנדון הרא"ש הנז' מאחר דבש"מ מיירי והיה בה קנין ואינו כתוב במיפה כחו היאך העלה הרא"ש לומר דזכתה במתנה לפי דברי הטור ז"ל, וכבר עלה על דעתי ישוב לזה עפ"י מ"ש הרא"ש שם בפ' מי שמת אהך דשמואל הנז' ונמשך הטור בנו אחריו בסי' ר"ן לחלק דהא דאמרינן דלא קנה אפי' בהגיע השטר לידו אלא במיפה כחו היינו כשאין כתוב בלשון נואה אלא בלשון מתנה כגון שדי נתונה לך, אבל אם השטר כתוב בלשון נואה כדרך שמלוה אל ביתו שאז אינו עומד אלא לראיה דאם הגיע ליד המקבל מחיים קנה. והטעם מבואר בדבריהם יע"ש, והשתא לפי זה היה נר' דמ"ש הטור בנדון הרא"ש דהיה בלשון נואה וקנה אף שהיה בקנין דמיירי בכתוב בלשון נואה דאז לא בעינן יפוי כח ואף אם היה כתוב בו קנין מהני שדעתו נמשכת עפ"י מה שחילק הוא ז"ל כן היה נר' כעת. אלא דכד מעיינינן שפיר הא מילתא לא ניחא לי כלל. שהרי מרן ז"ל שם בסי' ר"ן על חלוק הטור הנז' בס"ק ל' תמה עליו וז"ל ויש לתמוה כיון שיש בה קנין חיישי' שמא לא גמר להקנותו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה, וכשהשטר הוא בלשון נואה ומסרו מחיים היאך מוליאנו מידי אין קנין לאחר מיתה. ועוד ק"ל מ"ש כשאין השטר בלשון נואה אלא בלשון מתנה וכו' יע"ש שהניחם בתימא. הרי שתמה על חילוקו של הטור והרא"ש ז"ל. וא"כ מה נועיל במה שנאמר שגם דברי הרא"ש שהביא הטור בסי' רפ"א דמיירי בשטר נואה דאם על דברי הטור הראשונים דסי' ר"ן אנו תמהים אלא שאנו באים לפרש גם דברי הרא"ש בתשו' הנז' דהוי בלשון נואה כ"ש דנוסיף יגון על יגונינו דהמיהות מרן הב"י הנז' יחולו עליו גם על מ"ש בתשו'. ועוד דאם הדבר כן מדוע בסי' רפ"א כשהביא הטור התשו' אביו לא תמה עליו מרן הב"י כמו שתמה עליו בסי' ר"ן כיון דבב' המקומות לשיטה אחת אזלי.

ובאמת שעל פסק מרן בסי' ר"ן בשולחנו הטהור סי' י"ט הביא חילוק הרא"ש והטור ז"ל לחלק בין כתוב בלשון נואה ללשון מתנה. ואני תמיה דמאחר שדברי הטור והרא"ש ז"ל לא ישרו בעיניו ותמה עליהם תרי תמיהי הנז' היאך פסקם להלכה ולמעשה. ואיברא דלעיקר תמיהות מרן הב"י אחר שאלת

שו"ת על חלק חשן משפט

סימן א'.

דיני כתובה.

שאלה כתובה שכתוב בה כזה הלשון אות באות: גם ראובן החתן זיכה והחזיק את הכלה הנז' בבתים הידועים לו היום בעיר הזאת שתדור היא והוא כל ימי עולם ונחלתם תהיה לה ולבניה אשר יהיו לה בע"ה מחלציו של החתן הנז', ואין כח ביד החתן הנז' לדחותה מהבתים הנז' לשום סיבה בעולם ואפי' אם תחזור לרתה ותהיה חובקת בן מחלציו אינו יכול לדחות את הכלה הנז' מפניה מאחר שהחזיקה בהם בשופי ולאורך ימים ושנות חיים יחלקו האחים בנחלה בדת ודין ע"כ, וראובן הנז' נפטר לב"ע תנלב"ה וחיי לרבנן ולישראל שבק והניח אחריו שתי בנות גדולות נשואות לאנשים מאשתו הראשונה ובת אחת קטנה מהשניה, והשניה ג"כ גבתה כתובתה ורצונה לעמוד בזכייתה וחזקתה שהחזיק וזיכה לה ראובן בבתים הנז'. ומורשה הבנות הנז' טוענים שאין לאלמנה הנז' שום זכות בבתים הנז' כי לא זיכה לה ראובן כי אם בהיות לה בנים ממנו שכן כתב לה ולבניה, ושנה וכתב בסיום הענין והאחין יחלקו בנחלה. ומאחר שאין לה בנים כי אם בת יוצאת היא מן הכלל ואין לה אפי' דירה ונשארו הבתים בחזקת היורשות ומורשה האלמנה אמר כי מאמר מורשה הבנות הוא מאמר סתום, והנה אם הדברים כפשטן אין להם ע"מ שיסמוכו למימר שיהתה תלויה בקנין הבנים ומאחר דקנית בנים אין כאן. אף היא לא קנתה, הני מילי ליתנהו כי שתי קניות הן ולא תלי זה בזה, וכההוא מעשה דאיתא פרק מי שמת ההיא דאמר לדביתהו נכסי ליך ולבניך דקנתה היא פלגא נגד כל הבנים דפשטה רב יוסף מקרא דוסיתה לאהרן ולבניו מחצה לאהרן ומחצה לבניו והיא הלכה רווחת. מינה אתה דן דשתי קניות הן אע"ג דבדיבור א' נאמרו נכסי ליך ולבניך. ומינה אית למשמע שפיר דאי אמר לה ליך ולבניך דיהוו ליך מינאי דב' קניות הן אלא שהבנים לא קנו לפי שלא היו בעולם והיא קנתה דהוי כקני את וחמור דאמר רב נחמן דקנה מחצה דהלכתא כוותיה ואע"ג דבדיבור א' נאמרו קני את וחמור סבר רב נחמן דלא תלי זה בזה מי שיש לו יד יקנה ומי שאין לו יד לא קני ומעתה בנ"ד ראובן זיכה והחזיק לאשתו בבתים הנז' והשוה ידו לידה בכל הנאות דאתי מהבתים דאע"ג דאמר שתדור לאו דוקא כאשר העלה הרב מהר"א חסון ז"ל הובאו דבריו בס' מקור ברוך במי שנתן בית לחבירו לדור בו כל ימי חייו וכ"ש בנ"ד שהם בתים נפרדים ואין אדם דר בב' מקומות וגם שהשוה דירתה לדירתו שכתוב שתדור היא והוא כל ימי עולם, ותו דבר מן דין הוא חייב בדירתה בהיותה עמו באופן שזיכה לה להיות ידה כידו ויש ב' כחות בבתים הנז' ולהורות ע"ז סיים וכתב ונחלתם תהיה לה ולבניה דקריא נחלה להורות דכחה ככחו בגוף הבתים וקאמר תהיה לה ולבניה הכונה אלו השתי כחות כח שלא תהיה לה וכח שלו יהיה לבניה אשר יהיו לה, ובכן אפי' מאן דלא פסק כרב נחמן בקני את וחמור ואית ליה התם דלא קנה כלום מודה בנ"ד דקנתה מחצה כי קנויה ועומדת היתה. ותו דיש מקום לומר דראובן לא הוציא דבריו לבטלה להקנות למי שלא בא לעולם אלא הכונה ונחלתם תהיה לה ולבניה הא כדאיתיה והא כדאיתיה. לאשה שתעמוד בזכייתה ככחה אז כחה עתה ולבניה שירשו כחו מאחר שהוא מכח ירושה קונים הבנים שיולדו להם. וחזר ראובן וחיזק זכיית האשה שאינו יכול לדחותה כלל לשום סיבה ואפי' תבא לרתה והיא חובקת בן אינו ממעט בזכית האשה אבל ממעיט בירושת בניה הנז' והיינו דקאמר והאחין יחלקו בדת ודין, באופן שמתנתה וזכייתה עומדת לעד דהיינו בחיי ראובן שניהם שוין ולאחר מותו תחזיק בשלה זכייה גמורה לכל דבר שאין לה שותפות אמנם בניה תלויים ועומדים בירושת כחו שאם תלד ולזרה בן חולקין בדת ודין אשר מאמר זה האחרין מורה שפיר על מאמר הראשון דקאמר תהיה לה ולבניה הכונה לה במתנה ולבניה בירושה ולכך כל האחין יחלוקו. וקנתה האשה קנייה גמורה לכ"ע אפי' למאן דפסק דלא כרב נחמן.

ואם כונת מורשה הבנות בטענתו הוא לומר דיש כאן אומדנא דמוכחא שלא נתן לה אלא בהיות לה בן להיות כי ידוע ומפורסם לכל דראובן לא בא לידי מדה זו בהיותו זקן בן ס' שנה ומעלה לעשות מעשה רב לתת לאשתו כתובה משלם ולסלקה מעליו ולישא אשה זאת כי אם להציל עצמו מוהעברתם את נחלתו לבתו ולקיים מצות קונו פרו ורבו זכר ונקבה איכא אומדנא דמוכח דלא תלה מתנה זו אלא ע"ד שתלד לו בנים והעמידו רבנן לבטל קנייה גמורה מן התורה מפני האומדנא כההיא דמי ששמע שמת בנו ועמד וכתב נכסיו לאחר, ואח"כ בא בנו דאזלינן בה בתר אומדנא ובטילה המתנה והוא הדין והוא הטעם בנ"ד, ליתא להיות דאין לנו אלא דברי רבותי' אשר מפיהם אנו חיים דהם אמרו דאזלינן בתר אומדנא לבטל המתנה והם אמרו דלא מבטילין מתנה מכח אומדנא אלא היכא דכתב כל נכסיו מפני שמועת בנו וכההיא דהרמ"א וכמעשה דמהר"ם מלובלין ז"ל דבכולם את מוצא דנתן הנותן כל נכסיו ולא שייר אבל היכא דשייר אפי' דלא בא לידי מידה זו אלא מפני שמועת בנו דשמענו מפיו בפי' שהיה רוצה לכתוב מקצת נכסיו לאחר מפני שמת בנו מאחר שבשעת המתנה לא גילה דעתו ואמר בע"ד כן אני נותן מתנתו שרירא וקיימת. להיות דג' דרכים נאמרו במתנה התלויה בדבר אחר, הא' צריך שיתנה בלשון תנאי גמור ע"מ כן אני נותן ואם לאו איני נותן וכל שלא התנה כאמור המתנה קיימת, שנית היכא דאיכא אומדנא דמוכח מבטלת המתנה אם נתן כל נכסיו מבלי שיור ואם שייר המתנה קיימת. ג' היכא דשייר ואיכא אומדנא דמוכח צריך שיגלה דעתו בעת המתנה או המכר ולומר על דעת כן אני מוכר או נותן אפי' שלא נאמר בלשון תנאי ומשפטיו, ואם לא גילה דעתו בשעת המכר אף דאיכא אומדנא דמוכחא ואפי ששמענו שרצונו לתת מפני זה המתנה קיימת. ומאחר דאמרוה רבנן בטעמא אין לנו אלא מאי דאמור בענין, ובנ"ד מבורר דאין כאן תנאי, גם אומדנא אין כאן דאע"ג דאיכא אומדנא לנישואין אומדנא למתנה ליכא, דרגילי בני אדם לתת מתנה לנשותיהם, ואפי' נימא דהאומדנא מוכחת על המתנה אפי"ה אינה עושה רושם להיות דשייר. וגילוי דעת אין כאן. דלא אמר על דעת כן אני נותן בשעת המתנה ואדרבא איכא גילוי דעת להפך שהרי כתב ואין כח בידו לדחותה מהבתים הנז' לשום סיבה בעולם המאמר הזה אין לו שחר דמאחר שזיכה לה והחזיק אותה מהיכא תיתי דמלי למידחייה אלא ודאי ליפנא יתירה לטפויי אתא להורות דאע"ג דכתב לה ולבניה שלא יטעה אדם לומר דזה נק' גילוי דעת דדוקא אם יש לה בנים לכך סיים וכתב תכ"ד דאינו יכול לדחותה לשום סי' בעולם והכונה אפי' לא ילדה לו ולא איתמר בפי' משום ברית כרותה לשפתים

וכללו

הקניה מאתים גרוש והיא קנתה אותה בעשרה ודאי דאין בה אונאה מטעמא דכתיבנא בשם הרא"ש דבזלזל במקחו יותר מכדי שהדעת טועה שוב אין יכול לחזור כנז"ל. וגם יתומי בעלה אין להם שייכות ברווח ההוא מטעם דהרי מעת שמת בעלה נכסי בחזקת יתמי קיימי ואין לה רשות לישא וליתן בהם. וא"כ מעת ששלחה יד בנכסי היתומים לקנות הטבעת חשבינן לה כגזלן ותנן כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה. וכההיא דכתב המרדכי פ' הגוזל קמא סי' קכ"א דנפקד ששלח יד בפקדון והרויח בהם הריוח לעצמו מטעם דהו"ל גזלן ותנן כל הגזלנים משלמין כשעת הגזלה, ופסקו מור"ם בהגהה בח"מ סי' רל"ב סי' ז' יע"ש, ה"ה והוא הטעם לנ"ד דמהך טעמא גופיה יש לדון דזכתה האלמנה בכל הריוח לעצמה. זהו תורף הרב המורה הי' אשר העלה לזכות לאלמנה.

ואני עני ואביון אחר המחילה כ"ל דלא נדק ברא‍יתו דאיברא דבפקדון כן הוא הדין מהטעם הנז' אבל בענין כתובת אשה לא חשבינן לה כגזלנית וכאשר אבאר בס"ד. דהנה המרדכי פ' מי שמת סי' תר"ו כתב וז"ל ונשאל להר' שמשון על אשה אחת אלמנה ששהתה אחר בעלה עשר שנים או יותר ובאו יורשי הבעל ותובעין ממנה מה שבידה וכו' והאלמנה אומרת כי לא נשאר לה מבעלה כי אם ע' סאים תבואה ומכרה והשביחה וכו' ויש לה עתה שוה שלשים ליטרא ורוצה עתה לישבע על כתובתה ולגבותה וכו' והשיב נר' דיש לדמות דבר זה להא דתנן פ' מי שמת וכן האשה שהשביחה וכו' עד פסק רשב"ם וז"ל הילכך אשה שמת בעלה וכו' עד ובזה איני מודה לו שפסק שאעפ"י שלא נשתייר מבעלה אפי' רביע כתובתה גובה כל כתובתה והמותר ליורשים ואיך יתכן זה דתנן פ' יש בכור ולא האשה בכתובתה וכו' וכיון דהוי שבח ליתומים משום דלא אמרה ראו מה שהניח לי בעלי אין גובה כתובתה ממנו וכו' עד ואין לדמות אשה זו לאדם שנטל מעות מחבירו שלא מדעתו דכי משלם לחבירו משלם דמים ולא משלם שבח מידי דהוי אגזלן, הכא אשה זו לאו בתורת גזלנית ירדה אלא כמו שנשאר אחר מיתה והיתה נושאת ונותנת כבתחלה ושליחות דיתמי קא עבדא כמו נותן מעות לחבירו וכו' עד וקלא הלב נוטה דהיכא דהכתובה מרובה על הנכסים שהניח המת שאם היתה באה לב"ד היו מגבין לה את הכל אע"ג דלא אמרה ראו מה שהניח לי בעלי כמאן דאמרה דמי מידי דהוה ארב ספרא דלא הוה שביק גירסתו וטרח לאחריני כל שכן זאת שיכולה לעכב הכל לעצמה דלא שבקא נפשה דאפי' במקום בני נפשה עדיפא לה. אבל לא מלאני לבי לחלוק על רשב"ם בלי ראיה ושלום עכ"ל יע"ש באורך וברוחב.

אני טרם אכלה לדבר ראיתי ונהון אל לבי לעמוד במ"ש וקלא הלב נוטה וכו' שנר' שסברתו כך היתה זולתי שנרתע לאחוריו מפני שלא מלא ראיה ברורה לחלוק על רשב"ם ולכן נטה דעתו לסבור כרשב"ם דפסק דדוקא באמרה ראו מה שהניח לי בעלי דגובה הכל הא לאו הכי לא אלא נוטלת כתובתה והמותר ליורשים. והני מילי מוקשים מיניה וביה דהלא לעיל חלק על רשב"ם מכח מתני' דיש בכור דתנן ולא האשה בכתובתה ועדין לחלוקית הדיו קיימת. וא"כ היאך נטה לבו אחורנית לומר דאפי' דלא אמרה ראו תטול הכל דמאחר דכל השבח דיתמי הוא ואפי'

כתובה לא גביא הימנו איך יעלה על הדעת לומר שתטול הכל דאשה זו מאי עבידתא. ולא ידעתי איך עלה על לבו דבר זה אחרי שהוא חלק על רשב"ם והביא מתניתא בידיה דבכורות דברים הללו דברי תימא הם וקרו ליה הדרנא. אם לא שנאמר שדבריו האחרונים לאו אליבא דנפשיה קאמר דלעולם סברתו קיימת דלא גביא מהשבח מכח מתני' דבכורות אלא הני מילי לסברת רשב"ם אמרם דנר' דהעלים עינו מהך מתני' דבכורות וס"ל דגביא מהשבח. א"כ אם היינו טועים אחר סברתו יש מקום לדון דגם בלא אמרה ראו תטול הכל מידי דהוה ארב ספרא. אלא מאחר דרשב"ם לא העלה כן אלא דוקא באמרה ראו לא עלר בו כח לחלוק עליו מן הסברא בלי ראיה. וכל דבריו אלה לסברת רשב"ם אמרם וליה לא ס"ל. אלא עיקר סברתו קיימת דלא גביא מהשבח מכח מתני' דבכורות כנ"ל ודוק, ואין להקשות על ר"ש דלמה לא חלק על רשב"ם שכתב דבאמרה ראו דנוטלת כל השבח, דאמאי נוטלתו דמאחר דהשבח דיתמי נינהו כדתנן במס' בכורות א"כ אשה מאי עבידתא. ולמה לא חלק עליו גם על זה, הא ודאי לא קשיא כלל דבאמירה ראו ונתעללו היתומים או בית דין אינהו אפסידו אנפשיהו במה שנתעללו הילכך דינא הוא דנוטלת הכל, וההיא דבכורות בהשביחה סתם הוא הלכך לא נחלק עליו באומרת ראו וזה ברור. אכן הרא"ש בפ' מי שמת חלק על כל דברי רשב"ם יע"ש. והטור א"ה סי' צ"ה נטה אחריו יע"ש, ומרן בשולחנו הביאו בשם י"א יע"ש.

הדרן למאי דקמן שהרי כתב רבינו שמשון דאין לדמות אשה לגזלן משום דלאו בתורת גזלנית ירדה ולכן העלה דלא זכתה בשבח לעצמה. גם בהגהות מרדכי בפ' אלמנה ניזונית סי' ש"י כתב נמי על מה שנשאל הר' אבינדור על ראובן שמת ונישאת אלמנתו לשמעון ולא נשבעה קודם לכן וכו' וכשנישאת נתנה כל הנמצא בידה לבעלה האחרון אי מהימנא עוד בשבועה אי דיינו' לה כגזלנית. והשיב דנאמנת בשבועה דאין אדם נעשה גזלן ליפסל לעדות ולשבועה אלא בממון שאין לו טענה כלל אבל כתובה זו אינה מחוסרת כי אם שבועה דילמא לררי אתפסה ואין זו גזלנית ומהימנא בשבועה וכו' יע"ש באורך.

המורם מהם שדעת המורים הנז' היא דאשה שהשביחה לא חשיבה גזלנית ולא דמי לנפקד אלא הרי היא כיורדת ברשות ואדעתא דיתמי טרחא, והנה כי כן חוזרני להוראת הרב המורה יצ"ו הדן את דיננו ודמי לנפקד כההיא דהמרדכי ומכח זה זיכה את האלמנה. דלע"ד נר' דלא דק ואין לו דמיון כלל ומפתח זה הורע כח האלמנה בנ"ד ואדרבא יתמי זכו בהם, אכן לענין הלכה יש לנו לזכותה מהטעמים שכתבנו לעיל באורך.

וקם דינא בנ"ד דזכתה האלמנה בכל המותר והרי הוא לה לעצמה ומשמיא מיהב יהבי ואין ליתמי חלק ונחלה עמה כנלע"ד להלכה ולמעשה. ואתחנן אל ה' אלקי' השמים יצילני משגיאות ויראיני מתורתו נפלאות כי באלה חפצתי ללמוד וללמד כל ימי חלדי אשר טיפחתי, ולכל בהן חיי רוחי, אמן כן יאמר ה' צור מחסי מבטן גוחי.

ישראל מאיר מזרחי.

מנכסי לאן ברזל וכו' עד ושם איירי בגמ' וכו' יע"ש. וכ"כ הכנה"ג לטח"מ סוף סי' ק"ב אות כ"ה וז"ל כ"ב אפי' האשה בחיים חייתה ומיירי בנל"ב אבל בנ"מ י"א דבעל לא הוי לוקח אלא כשמתה האשה כמ"ש רבינו בטה"ע עכ"ל, ועל פי זה נ"ל דמ"ש הטור בסי' ק"ג שמו קרקע וכו' ומתה היינו משום דס"ל דההיא מיירי בנכסי מלוג וכמו שפרש"י שם הלכך לא הוי כלוקח אלא לאחר מיתה, ונמלא דרש"י והטור והרא"ש בנ"מ מוקמו לה ובחדא שיטה אזלי, אמנם ה"ה ס"ל בפי' הך שמעתא דמיירי בנכסי נ"ב דוקא ואמטו להכי קאמר דאפי' בחייה בעל לוקח הוי אבל לעולם דבנכסי מלוג יסבור דשומא הדרא ככל ב"ח דעלמא הואיל ולא חשיב לוקח אלא לאחר מיתה ובחייה אין לו כי אם פירות וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. ומאחר דה"ה מפרש לה בנל"ב לכן כתב דאפי' בחייה בעל לוקח הוי. ובזה הותר מעליו כל התמיהות שתמה הגד"ת והכ"מ עליו הואיל ודברי ה"ה בנל"ב היא כנלעד.

ומעתה אפשר נמי להלין בעד תרי פסקי מרן דבח"מ סתם כדברי הרמב"ם וכדעת ה"ה דס"ל דאפי' בחיי האשה בעל לוקח הוי הואיל ובנל"ב היא כדאמרן. מיהו בנ"מ אזיל ומודה מרן דלא הוי לוקח אלא כשמתה וכדעת הטור. ולכן בא"ה נקט מתה כדברי הטור להשמיענו דבנ"מ דינא הכי הוי ואלו ואלו דברי אלקים חיים כנלע"ד דרך אפשר ליישב תרי פסקי מרן הגם כי דבריו באו סתומים מ"מ איפשר ליישבן כדכתיבנא.

הדרן למאי דאתינא עלה דגם גבי אשה אמרינן שומא הדרא ולא נחלקו אלא דוקא כשנשאת הא לאו הכי שומא הדרא. ומעתה חזר הדין לנ"ד דדיינו' לה כשומא דב"ח דהדרא עפ"י פרטי הדינים ה"נ דכותה וא"כ מפאת זה יש לזכות את היורשים.

מיהו צריך לדעת דאף דאמרינן דשומא הדרא היינו בשומת דשאר ב"ח אבל בשומא דגבית כתובה נר' דבמחלוקת הדבר תלוי. דהנה רש"י ז"ל בתשו' סי' ן' כתב דוקא גבו לה כתובה אבל גבו לה בכתובתה לא הדרא ואעפ"י שלא נישאת דדוקא בב"ח ובאשה שגבתה כתובה הוא דאמרינן דשומא הדרא וכו' משא"כ באשה שגבתה בכתובתה דאדרבא עיקר שעבודה היא על הקרקע ודקדק כן מדברי הטור בסי' הנז' שכתב שמו לאשה כתובה וכו' דמשמע אבל לא בכתובתה וכו' ועוד הביא ראיה לדבר מדאמרינן בפ' אלמנה אלמנה שמשה וכו' משום דאמרינן מאן שם ליך וכו' ותיפוק לי משום דשומא הדרא וכו' יע"ש, והנה מוהר"ם איסרלם בתשו' סי' ח' חלק עליו וכתב דהא דשומא הדרא לגמרי היא בין בב"ח בין בכתובת אשה. ומההיא דפ' אלמנה לא קשה מידי דהתם לא איירי אלא בהשביחה או נתייקרה וכו' והביא ראיה לדבר יע"ש, והנה במה שישב ההיא דפ' אלמנה דמיירי בהשביחה או נתיקרה הגם דרש"ל כתב דהוא דוחק לאוקומה בהכי והביא סעד לדבריו מדברי הרב ת"ה מ"מ הרי הרב כ"מ דחה את דבריו וכתב דלא דמי לנדון הרב ת"ה יע"ש. ויגע כמה יגיעות לאוקומי ההיא דפ' האלמנה בהשביחה או נתיקרה, ולע"ד ראה ראיתי בהגהות המרדכי דכתובות סי' ש"י הביא תשו' הר' אביגדור על אלמנה שנשאת לשמעון ולא נשבעה קודם לכן וכו' אי מהימנא בשבועה והשיב דמהימנה וכתב ז"ל והא דאמרינן בפ' אלמנה ששמתה לעצמה וכו' לאו למימרא דגזלנית היא אלא לענין יוקרא קאמר שאם הוקר הקרקע או המטלטלין אמרינן מאן שם לך וכי אייקר ברשותייהו דיתמי אייקר ע"כ יע"ש. הרי לך דמוקי ההיא דאלמנה בדאייקור, גם את זה ראיתי להרב נתיבות משפט הסכימה דעתו עם מוהר"ם איסרלם ז"ל דגם בגבית כתובה שומא הדרא והוסיף נופך משלו מההיא דפ"ק דמליעא דף י"ו דאמר שמואל המוליא שטר הקנאה בשוק יחזיר ומוקי לה בשטרי חליטתא ואדרכתא ופריך עלה והני לאו בני פרעון נינהו והא שומא הדרא, ומאי פירכא לוקמא בשטרי חליטתא דגבית כתובה אלא ודאי שמע מינה דאף בכתובה שומא הדרא זת"ד יע"ש. ולע"ד איכא למדחי דלא איריא מהא דהא"נ דהוה מצי לאוקומה בשטרי חליטתא דכתובה דלא הדרא. אלא היינו טעמא משום דהש"ס קאי אמתני' שהביא רב עמרם לסיוע לשמואל ואמר אף אנן נמי תנינא כל מעשה ב"ד יחזיר ודחי ליה ר' זירא מתני' בשטרי חליטתא ואדרכתא ואהא פריך והני לאו בני פרעון. ולא מצי לאוקומה בשטרי חליטתא דכתובה דא"כ היכי תנן כל מעשה ב"ד דמשמע דכללא כייל בכל מעשה ב"ד אם איתא דדוקא בשטר דכתובה לא הו"ל למיתני כל מעשה ב"ד אלא ודאי דבכל מעשה ב"ד קאמר ואמטו להכי לא מצי לאוקומה בשטר חליטתא דכתובה וא"כ אין מזה הכרע דאפשר לדחות כדכתיבנא, ואגב עמדתי על דברי הר"מ פ' י"א מה' גזלה שהביא הא דמלא אגרות שום וכו' וכל מעשה דב"ד יחזיר העתיק המשנה בצורתה ואמאי לא הביא אוקמתת הש"ס דמוקי לה בשטרי חליטתא יע"ש. ונראה דלא הוצרך לזה. שהרי סמוך ונר' לזה סיים הר"מ זה הכלל כללו של דבר וכו' להשמיענו דהכא מיירי בדליכא חשש דפרעון וכגון שטרי חליטתא כנ"ל. ולענין הלכה בענין כתובת אשה רבו החולקים על רש"ל ורוב מנין ה"ה מוהר"מ איסרלם והש"ך בח"מ סי' ק"ג ס"ק י"ד והרב כ"מ. וגם כמוהר"א די בוטון בתשו' כ"י סי' ס"א הביאה. בכנה"ג ח"מ בהגהתו לטח"מ סי' ק"ג ס"ק י"ו כ"ע סברי מרן דגם בגבית כתובת אשה אמרינן שומא הדרא, וא"כ גם בנ"ד יש לנו לדון לזכות היורשים דאמרינן שומא הדרא וניתנין לה העשרה גרו' והמותר ליורשים כן היה נר' לדון.

אבן גם מפאת זה אין לזכות ליורשים יען דהא דשומא הדרא היינו דוקא במקרקעי אבל לא במטלטלי כמ"ש רבינו בעל הטורים סי' הנז' והרא"ש והרמב"ן והביא דבריו ה"ה פרק כ"ב מה' מלוה דין י"ו ז"ל וכתב הרמב"ן ז"ל ושומא הדרא במקרקעי ולא במטלטלי וכל דלא דאין כה"ג לאו דיינא הוא כלל ע"כ והנה כי כן בנ"ד דמטלטלי נינהו לא שייך הך דינא דשומא הדרא כלל.

ואם יטענו היורשין דהן לו יהא דבנ"ד שמו לה ב"ד הטבעת הנז', מ"מ הרי הלכה רווחת דב"ד ששמו וטעו בכל שהוא מכרן בטל ופסקה הר"מ פכ"ב ממלוה ומרן בח"מ סי' ק"ג וכיון שכן הרי הוברר כאן בנ"ד למפרע דטעו בשומא וא"כ מכרן בטל ושומתן בטילה. גם טענה זו בטילה ומבוטלת דהיא בדהוברר להם לב"ד עפ"י שמאי העיר דשומת ב"ד בטעות היתה אז ודאי דמכרן בטל אבל בנ"ד דשמאי העיר שמו אותו בסך זה ועד היום שמאי העיר שמין הטבעת בסך זה לא מעלין ולא מורידין וכששמו לה ב"ד הטבעת בעת גבית כתובתה היתה השומה עפ"י מומחין משמאי העיר ודאי דכל' כי הא דשומתן שומא דהרי לפי מה שהעלינו לעיל לענין אונאה דאין לך אלא מקומו ושעתו ה"ה והוא הטעם לענין השומא של ב"ד דאין לך אלא מקומו ושעתו ואין נכנס זה בסוג שומא בטעות כלל וא"כ גם מפאת זה פשיטא דאין לטענת היורשים ממש וזכתה האלמנה בכל המותר. דוגמא לדבר פסק מרן בא"ה סי' ק"ד ובח"מ סי' ק"ג דב"ד שדקדקו בשומא היטב ושוב מכרו שוה מאה במאתים או שוה מאתים במנה דמכרם קיים יע"ש. א"כ גם בנ"ד דייני' הכי מהטעם שכתבנו וזכתה האלמנה בכל השבח לעצמה ואין ליורשים דין ודברים עמה ואפי' תרעומת דברים מכמה טעמי תרילי דכתיבנא כנלע"ד.

וחד מן קמיא פקיע ומומחה העלה לענין הלכה דזכתה האלמנה דאף אי נימא שהיתה שוה הטבעת בעת

הקניה

שמאים א"כ איני רואה שום זכות ליורשי הבעל עם האלמנה דטענת מאן שם לך אורא לה. וא"כ איני מוצא מקום לטענת היורשים ואם נאמר דטענתם היא מכח מאי דקי"ל דשומא הדרא כדאסיקנא בפ' המפקיד משום ועשית הישר והטוב.

מ"מ גם זו אינה טענה כלל, חדא ממ"ש הרא"ש בפ' המפקיד ז"ל הא דאמרינן שומא הדרא דוקא בשלא השביחה המלוה או שלא נתייקרו אבל נתייקרו הקרקעות לא מסתבר כלל שילפה הלוה כל ימיו אם יתייקרו הקרקעות שיפדם ואיכא נעילת דלת וכו' עכ"ד, ונר מפשט דבריו דס"ל להרא"ש דבהשביח או נתייקר לא הדרא כלל. אלא דעל דברי הרא"ש הללו ראיתי לקמאי אחזו שע"כ עמ"ש הטור בח"מ סי' ק"ג וז"ל וא"א הרא"ש כתב שאם השביח המלוה אינה חוזרת כלל אפי' אם ירצה הלוה ליתן לו השבחה שהוציא עליה ואם נתייקרו חוזרת לו אם ירצה ליקחנה כפי היקר שהוא עכשיו ע"כ.

וראיתי להרב גד"ת בשער ה' ובס' נתיבות משפט בנתיב ו' תמהו על הטור דהיכן מצא כן בדברי הרא"ש דהרא"ש בחדא מחתא מחתינהו וכתב דהא דשומא הדרא דוקא בשלא השביח או שלא נתייקר משמע דבהשביחה או נתיקר לא הדרא כלל. ואם נאמר שהוא מפרש דברי הרא"ש דהכי קאמר הא דשומא הדרא באותן דמים עצמן ששמוהו לו ה"מ בשלא השביחה או שלא נתייקרה אבל אם נתייקר איכא נעילת דלת אם יחזירה לו בפחות משוויה אבל אם לקח אותה בשוויה חוזרת א"כ גם בהשביחה הול"ל דאם לוקח אותה בכדי מה שהשביחה ויחזור לו הקרקע דתרוויהו חד טעמא נינהו ובחדא מחתא מחתינהו, וכבר נתעורר על זה מוהרש"ך ח"ב סי' פ"ה ודחה דברי הטור מהלכה והעלה להלכה דבנתיקרו שוב אינה חוזרת כלל כאשר יראה הרואה לשם יע"ש. והנה אם באנו לדון אחר דברי מוהרש"ך א"כ הדבר יוצא לנ"ד דהו"ל כנתיקרו ואין ליורשין דין שומא הדרא. אלא דראה ראינו למרן ז"ל דפסק דבנתיקר אינו נותן לו אלא דמי חובו, הרי דס"ל דגם בנתיקר שומא הדרא, וביסוב דברי הטור הלא ראינו להרב גד"ת שם שהשיב בעד רבינו בעל הטורים. גם הרב נתיבות משפט יישב כן והביא ראיה להטור דס"ל בעד הרא"ש דבנתיקר נמי הדרא כפי היוקר מדברי הרמ"ה שהביא הרא"ש א"כ דאי שמוה לב"ח א' בק' ולב"ח ב' בק"ן דלא הדרא אלא בק"ן דעכ"ל כששמוה לב"ח ב' בק"ן היינו ודאי שנתיקר השער דלב"ד טועים לא חיישי' ועכ"ז כתב הרמ"ה דהדרא בק"ן והרא"ש הסכים לדבריו עכ"ל דס"ל להרא"ש דאף בנתייקר הדרא כפי היוקר ומכאן הוכיח הטור את דברי הרא"ש. ולע"ד אין כ"כ הכרח מזה דלעולם בנתייקר יסבור דלא הדרא כלל מיהו היינו דוקא כשבא הלוה לגבותה, מב"ח דידיה. אבל הכא שבא לגבותה מהלוה השני דבזמן היותה בימי המלוה היתה שוה מאה, ושוב נתייקרה כששמה לבעל חוב הב' הילכך אמרינן דהואיל והוא לוה ב' שבא להוציאה הימנו קל"ש כחיה הילכך מצי גביה הימנו בשוויה ולעולם דבב"ח דידיה בנתיקרה לא מצי לגבותה אלא דאין זה דחיה כלל דאם איתא דמב"ח דידיה לא מצי לגבותה בנתיקרה א"כ גם מהלוה ב' דין הוא דלא הדרא דהא מצי ליה למימר אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה הוא ב"ח דידך וכי היכי דמיניה לא מצית הדר גם בדידי דאתית מחמתיה גם אני כמוהו, אלא ודאי דבנתיקר גם מב"ח דידיה שומא הדרא בשוויה, ולכן גם משני דהיינו הלוה מצי גבי הימנו כנ"ל לתת טוב טעם להכרח הרב נתיבות משפט ובדעת הטור נ"ל שהבין הטור בעד הרא"ש אביו במ"ש הא דאמרינן שומא הדרא דוקא בשלא השביח המלוה או שלא נתיקרו אבל נתיקרו וכו' הכי קאמר דהא דשומא הדרא מיירי בשלא השביח המלוה הקרקע או שהשביח הקרקע ולא נתיקרו מחמת השבח. אלא הדמים שהיו שוים קודם השבח, גם אחר השבח, שוין כמו כן, אז הוא דאמרי' דשומא הדרא. אבל נתיקרו פי' דע"י השבח שהשביח המלוה הקרקעות נתייקרו בשיווין ושוין כפלים מחמת השבח אז ודאי לא הדרא מהטעם שכתב הרא"ש דאיכא נעילת דלת אבל ביוקר שנתייקרו מאליהן דמעיקרא שוו מנה והשתא כפלים בזה לא דיבר הרא"ש כאן אכן ממה שהביא אח"כ דברי הרמ"ה משם מוכח דס"ל דבנתייקרו אי יהיב כדי שיווין דשומא הדרא וכמו שהוכיח הרב נ"מ כנז"ל כנלע"ד, אכן מרן הב"י והסמ"ע לא הבינו כן בכונת דברי הרא"ש ממה שהביא על דברי הטור לשון הרא"ש הנז' אלמא דס"ל בפי' דברי הרא"ש כמ"ש הנ"מ והגד"ת כנז"ל.

בכלל העולה לענין אם נתיקרו מאליהן ג' דעות בדבר דהנה לדעת פשיטות דברי הרא"ש ומוהרש"ך ז"ל הוא דלא הדרא כלל ולפי מה שהבין הטור ומרן והסמ"ע בעד הרא"ש הוא דהדרא כשער היוקר כדי שלא תנעול דלת, ולדעת ה"ה ז"ל ובעה"ת ומרן ז"ל בשולחנו הטהור הוא דאינו נותן לו אלא דמי חובו בלבד ולא יותר משום דמחזי כרבית, וא"כ לפי פסק מרן יש לדון בנ"ד דהמותר זכו בהם היורשים דהו"ל כנתיקרו מאליהן.

גם באשה אשכחן דאמרינן בהמפקיד שמו לה לאשה ואינסבא או שמו מינה דאשה ואינסבא ומתה בעל לוקח הוי לא מהדר ולא מהדרינן ליה ע"כ, אלמא דוקא באינסיבא הוא דאמרינן דשומא לא הדרא מטעם דבעל לוקח הוי. אבל בלא אינסיבא ודאי שדינה כשאר בע"ח, דאמרינן שומא הדרא. נוסף ע"ז דאפי' באנסיבא אשכחן פלוגתא דרבוותא דלדעת רש"י והטור ח"מ סי' ק"ג ובא"ה סי' צ"א נר' דס"ל דדוקא בא נסיבא ומתה הוא דלא מהדרינן לה משום דבעל לוקח הוי, אבל בחייה שומא הדרא. אבל דעת הר"מ פכ"ב מה' מלוה לפי מ"ש הרב המגיד שם וז"ל ועקר הפרוש כך הוא שמו לאשה ונישאת ורצו הבעלים להחזיר לה ולבעלה אין הבעל מחזיר הקרקע דבלוקח עשאוהו חכמים ואם היה יורש לה היה עדיין יורש בחיי אשתו והי"ל להחזיר וכו' יע"ש. אלמא דס"ל דאפי' בחייה לא מהדרינן ליה הואיל ולוקח הוא.

ואיברא דראה ראיתי להרב נ"מ בנתיב כ"ג ח"ו כתב על דברי ה"ה וז"ל ולכאורה איכא למידק בדברי ה"ה אלו שהרי דעת הר"מ וה"ה פכ"ב מה' אישות דהאשה שמכרה נ"מ אין הבעל מוציא גוף הקרקע מיד הלקוחות בחייה כ"א אחר מיתתה אבל בחייה הגוף נשאר ביד הלוקח אלא שהפירות אוכל הבעל וכיון שכן בחייה אמאי לא יחזיר הקרקע לב"ח ואי משום פירו' מן הדמים ילקח בהם הקרקע והוא אוכל פירות וכבר ראיתי שנתעורר בזה הגד"ת והוסיף להקשות וכו' יע"ש באורך ומה שהלין הרב על כל התמיהות.

ולע"ד נ"ל להלין לזה עפ"י מה שאישב עוד תמיהא אחרת שתמה הנ"מ שם על תרי פסקי מרן בשולחנו הטהור דבח"מ סי' ק"ג כתב שמו לאשה ונשאת וכו'. נר' מדבריו שהוא פוסק כס' ה"ה דס"ל דאפי' בחייה בעל לוקח הוי שהרי לא הזכיר ומתה וכו' ואילו בא"ה סי' צ"ה כתב הרב ומתה וכדברי הטור שם והרב המפ"ה לא נחלק עליו שם וכתב די"א אפי' בחייה ע"כ והניחו בתימא.

והישוב בזה ילע"ד עפ"י מ"ש בש"ע ח"מ סוף סי' ק"ב ראובן שלוה בשטר ולא כתב למלוה דאקנה ומת וכו' עד דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי. וכתב עליו הסמ"ע שם ס"ק ט"ו ז"ל מדסתם המחבר משמע דאיירי באפי' היא עדיין חיה וכו' וק"ק דלעיל בסי' ק"ג כתב מור"ם די"א דוקא כשמתה האשה, ואפשר לומר דכאן מיירי בנכסי

דמאי דנקט באותה מדינה לאו דוקא אלא אפי' במקום אחר מקודשת גמורה היא ומאי דנקט באותה מדינה היינו משום דמסיים ואם לאו הוו ספק קידושין אמטו להכי נקט באותה מדינה דאי הוה נקיט בלישניה במקום אחר לא הוה אתי שפיר לומר אחרי כן ואם לאו הוו ספק דהא באינו שוה במקום אחר אינה מקודשת כלל דהא ליכא ספיקא כלל ולכן משום סיפא דנקט ואם לאו וכו' נקט באותה מדינה ולאו דיקא דה"ה אם ש"פ במקום אחר דקידושי ודאי נינהו כנ"ל לדעת הרא"ש ז"ל ועם שלא ימלט מדוחק מ"מ הא משמע לי טפי.

ומורם מזה הוא דאיפליגו קמאי בענין איזה אמרינן אין לך אלא מקומו ושעתו דלדעת התו' והרא"ש ס"ל דכי היכי דאמרינן בהקדש אין לך אלא מקומו ושעתו ה"נ למקח ולממכר וקידושין ולדעת הר"מ ס"ל דדוקא בהקדש הוא דאמרו אין לך אלא מקומו ושעתו ולא לקידושין ושאר מילי. והרואה יראה ברבינו ירוחם חלק חוה נתיב כ"ב ח"א הביא דברי התו' ומ"ש הרא"ש בעד הר"מ וסיים עלה ז"ל ולדברי התוס' מדאוריתא אינה מקודשת כלל מאחר שאינו שוה כאן פרוטה ואינה כי אם חששה דרבנן כמ"ש ע"כ יע"ש, הרי שדעת רבינו ירוחם מסכים הולך עם דעת התוס' והרא"ש דלכל מילי אמרינן אין לך אלא מקומו ושעתו. משא"כ דעת הר"מ.

והנה כי כן הוא הדבר אשר דברתי מראש דלענין אונאה שכתב רבינו ירוחם דאין לך אלא מקומו ושעתו יסבור גם במרגלית כן דאזיל לשיטתיה דס"ל דבכל מילי אמרינן אין לך אלא מקומו ושעתו. אמנם הר"מ שכתב דבמרגלית לעולם חוזר היינו משום דאזיל לשיטתיה דדוקא בהקדש הוא דאמרינן אין לך אלא מקומו ושעתו ולא לשאר מילי וראית מרן שהביא לדברי הר"מ רבינו ירוחם פליג עלה כבתוב לעיל. והיא דערכין אין ממנה שום סתירה דאדרבא משם ילפי' לשאר מילי וסבירא ליה דמאחר דגלי קרא בערכין דאין לך אלא מקומו לענין מרגלית מינה ילפינן לאונאה ולמקח ולממכר דאין לך אלא מקומו ושעתו. ולענין הלכה אי אזלינן בתר רובא כיון דהתו' והרא"ש ורבינו ירוחם מסכימין לדעת א', היה יוצא לכ"ד כמו כן דהואיל דלענין אונאה דעת הרוב מסכמת דאין לך אלא מקומו ושעתו ואבוהון דכולהו הקדש ובענין מרגלית אמרו כן, א"כ מינה לכ"ד דראובן אין לו דין ודברים עם האלמנה.

אך מאחר דמרן בשולחנו הטהור סי' רכ"ז בההיא דמרגלית פסק את דברי הר"מ ז"ל להלכה ולמעשה גם בא"ה נטה דעתו בסי' ל"א לדעת הר"מ א"כ מאן ספין ומאן רקיע לפסוק הפך הוראת מרן והר"מ אשר פשטו הוראותיו בכל תפוצות ישראל, ואף דראובן אינו תפוס מ"מ אחרי אשר קבלנו עלינו בכל תפוצות א"י וערביסתן להוראת מרן והר"מ נמצא לפ"ז דבכ"ד זכאי ראובן בדינו ויורשיו עם האלמנה הואיל ומרגלית היא ואף דהאלמנה תפוסה ראובן וב"כ מוציאין מן האלמנה ולא אהני קים לי אחרי שקבלנו עלינו הוראת מרן והר"מ ז"ל כן היה נ"ל לדון לכאורה בכ"ד.

אבל אחר העיון היטב נ"ל לדון איפכא בכ"ד דזכתה האלמנה ואפי' לדעת הר"מ והוא כי כל מאי דכהיבנא הוא בהנחה סוברת דרבינו ירוחם פליג עם הר"מ ז"ל ויסבור בענין אונאה במרגלית דלא כהרמב"ם. והדרי בי אחרי ראותי דברי רבינו ירוחם בדיני ממונות נ"ט ח"ג כתב וז"ל וה"ה למוכר ספרים או אבנים טובות ומרגליות שיש ללוקח לחזור עד כדי שיראה לתגרים הבקיאין בהם בכל מקום שהם שאין הכל בקיאין בדברים אלו ולפיכך אם לא היה מכיר באותה המדינה והוליך המקח למקום אחר או שבא הבקי לאחר זמן מרובה והודיעו ה"ז חוזר ע"כ יע"ש. הרי לך דלענין מרגלית ס"ל דחוזר לאחר זמן מרובה וזה כדעת הרמב"ם ז"ל, וקשה דהרי רבינו ירוחם הוא מכת הסוברים דבין בהקדש ובאונאה ומקח וממכר אמרינן אין לך אלא מקומו ושעתו א"כ אמאי גבי מרגלית פסק כהר"מ דלעולם חוזר נמצא סותר עצמו מיניה וביה, אלא ודאי הנר' ברור ונכון דבזה הוא דלאו כל אפייא שוין, דלעולם ס"ל דמהקדש ילפי' לכל מילי דאין לך אלא מקומו ושעתו, מיהו היינו דוקא בדברים דבקיאי הכל בשומא ויש שמאין בעיר דבקיאי בשומת הדבר ההוא בהא ודאי הוא דקאמר רבינו ירוחם דאין לומר שמא שוה כו"ך במקום פ' או לזמן פ' ישוה כך וכך מטעם דאין לך אלא מקומו ושעתו. וגם במרגלית נמי כל היכא דאיכא שמאין בעיר דבקיאי בשומת המרגלית ההיא הוי דינא נמי הכי דלא אמרינן שמא במקום פלוני ישוה כך וכך או לזמן פלוני ישוה כך וכך דאין לך אלא מקומו ושעתו. ומכי שמו אותו שמאי העיר תו לא מלי הדרי וגם הר"מ אזיל ומודה בזה דדוקא בקידושין משום חומרא א"א הוא דאמרינן שמא שוה פרוטה במקום אחר אבל בעלמא יסבור דאין לך אלא מקומו ושעתו. ומ"ש הר"מ בענין אונאה גבי מרגלית דלעולם חוזר אפי' לאחר כמה זמן ההיא מיירי בדליכא מכיר במדינה ההיא שומת המרגלית כלל דאז הוא דאמרו דיש לו לילך למקום שמכירין או אם בא הבקי לאחר זמן והודיעו כמה שוה דחוזר ובזה לא שייך לומר אין לך אלא מקומו ושעתו דהא במקומו ליכא בקיאין כלל הלכך בהא מלתא גם רבינו ירוחם אזיל ומודה לדברי הר"מ כי בזה כ"ע מודו וזה ברור ופשוט ועלו ובאו דברי רבינו ירוחם על נכון וסברתו היא מוסכמת גם לדעת הר"מ ודעימיה כנ"ל ברור.

ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת הריני יוצא לדון בכ"ד בזכות האלמנה ואין לראובן ובאי כחו דין ודברים עמה והוא זה דמאחר דבכ"ד שמו הטבעת הלזו בסך עשרה גרו' והמה בעיר הלזו הבקיאים בשומא, ואחרי ששמו אותו לקנותו הם חזרו בהם באמרם כי לא היתה שוה השומא הלז אלא פחות הרבה ונמצא דבעיר ההיא כך שוה הטבעת בשומא פחות ולא יותר, ועד היום הזה אם מוליכין אותם אצל שמאי העיר לא ישומו אותו יותר מעשרה גרו' אף שבאו לאחר זמן אנשים סוחרים ממקום אחר ושמו אותו על א' חמש מאות כל כי הא הכל מודים דאין לך אלא מקומו ושעתו לדעת כל הפוסקים ואפי' לדעת הר"מ ז"ל, ומעתה אין שום כח לראובן המוכר ולא לב"כ לחזור בהם כלל ואפי' תרעומת דברים אין להם עם האלמנה וכל הריוח הרי הוא לה לעצמה ואין לזרים חלק ונחלה עמה כי משולחן גבוה זכתה כנלע"ד לדון.

ובכן אשיבה ידי אל החלק השני בדין יורשי הבעל עם האלמנה ואומר דאיברא דאם לא היו מגבין לה ב"ד כתובתה היו היורשים זוכים מכח מאן שם ליך כההיא דאמרינן בפ' אלמנה ניזונית אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום דאמרינן מאן שם לך זפירש"י מאן שם לך ממי קבלת מכירה זו לא מב"ד ולא מן היתומים לפיכך לא יצא קרקע מרשות היתומים כי הא דההוא גברא דאפקידו גביה כסתא דיתמי שמא לנפשיה בד' מאות זוזי אייקר קם בשית מאה אמרו ליה מאן שם לך ע"כ. ומדקא מדמי ההיא דאלמנה להך עובדא אלמא דמאי דאמרינן מאן שם לך מיירי בדאייקור וכדבעי' מימר לקמן בס"ד. והגם דההיא פירש"י בקרקעות. מ"מ גם במטלטלי נמי דינא הכי לדידן דגם מן המטלטלין ודאי דאמרינן מאן שם לך וא"כ הכא בכ"ד אם היה שהאלמנה שמה לעצמה ודאי שהיו זוכין היורשים מכח טענת מאן שם לך ומעקרא בכל המאתים גרוש היו זוכים כיון דמיעקרא השומא מעיקרא, אכן מאחר שבכ"ד ב"ד הגבו לה כתובתה עפ"י

שמאים

משום דכתיב ונתן את הערכך ביום ההוא ופסקה הר"מ ספ"ג דערכין יע"ש, אלמא דוקא בהקדש דגזרת הכתוב הוא דכתיב ביום ההוא הוא דאמרינן דאין להקדש אלא מקומו ושעתו. דון מינה דהא בעלמא דפשיטא דלענין מרגלית לא אמרינן דאין לך אלא מקומו ושעתו. הילכך כתב דלענין אונאה במרגלית דחוזר אפי' לאחר זמן מרובה הואיל ואין שומתו ידועה.

אמנם הנר' חולק על זה הוא רבינו. ירוחם הביא דבריו מרן הב"י סוף ס"ק י"ב. וז"ל כתב רבינו ירוחם בנ"ט ח"ג. אין אומרים במקח וממכר שמה שוה כך יכך במקום פלוני או לזמן פ' ישוה כך כי אין בזה הדבר אלא מקומו ושעתו בפ"ק דקידושין עכ"ל, הנה לכאורה נר' דחליק הוא על הר"מ דהרי במרגלית לדעת הר"מ לא ס"ל דאמרינן אין לך אלא מקומו ושעתו. ואלו רבינו ירוחם פליג עליה, ואין לומר דלא אמרה רבינו ירוחם אלא דוקא במקח. וממכר אבל לענין אונאה לא אמרה שהרי עיני ראו ולא זר דברי רבינו ירוחם בגופן שלהם בשורשם נ"ט ח"ג וסיים בה ז"ל כי אין בזה הדבר בענין אונאה. ובכל ענין מקח וממכר אלא לפי מקומו ושעתו בפ"ק דקידושין עכ"ל, הרי דבפי' נקט אונאה, וא"כ לכאורה נמלא דפליג עם הר"מ. ומלבד שדוחק הוא לאפושי פלוגתא. אלא יקשה עליו דהרי הר"מ יש לו על מה לסמוך מההיא דמפליג הש"ס בין טלית לסלע משום דטלית כל אינים קים ליה. בגויה סלע שולחני הוא דקים ליה ומכאן ראיתו של הר"מ כאשר הביאם מרן ז"ל ביתה יוסף יע"ש ומה יענה רבינו ירוחם לראיה זו. ואין לומר דס"ל דהיכא דאתמר אתמר ודוקא בסלע לטלית הוא דמפליגינן הכי אבל בשאר מילי לא דמאן פלג ליה דאדרבא הסברה נותנת כדברי הר"מ דכי היכי דבסלע נתנו גבול לשולחני משום דקים ליה בגויה מינה יש ללמוד ג"כ לדברים שאין שומתן ידועה כגון מרגלית ודומיהן. ומה גם לפי הראיה שהבאתי לעיל לדברי הר"מ מההיא דספ"ה דערכין דנראה ראיה אלימתא ומה יענה רבינו ירוחם.

ובעמדי על זה על מה שסיים רבינו ירוחם פ"ק דקידושי' נתתי אל לבי לדעת איה מקום ושורש דבר זה: וראיתי דהא מלתא במחלוקת שנויה בין הפוסקים בפ"ק דקידושין דף י"ב אההיא דאמר שמואל קדשה בתמרה וכו' מקודשת חיישינן שמא שוה פרוטה במדי. וכתב הרא"ש ז"ל חומרא דרבנן בעלמא הוא דמדאוריתא אין להקדש אלא מקומו ושעתו וכן למקח וממכר וכו' עד והר"מ ז"ל כתב שאם קידש בתבשיל או בירק וכו' ומתוך דבריו משמע שאם היינו יודעים שהוא שוה באותו מקום היתה מקודשת מדאוריתא כיון דאי אית ליה ארחא להתם שויה ליה פרוטה וכו' עד ור"י פירש אפי' ידוע ששוה פרוטה במקום אחר דאין להקדש אלא מקומו ושעתו וכו' עד ומסתבר כדברי ר"י. ע"כ יע"ש וכן רבינו בעל הטורים א"ה סי' ל"א הביא דברי אביו הרא"ש להלכה יע"ש. וטרם אענה דבר למאי דאתינא עלה עמדתי על דברי הרא"ש במ"ש דלדעת הר"מ ס"ל דבש"פ במקום אחר הויא מקודשת מדאוריתא וכדדייק לה מלישניה דהר"מ ושפיר. אך לדידי אין מזה הכרח, דאדרבא נ"ל דמדברי הר"מ הנס דגם מקים דבריו שם בפ"ד מהל' אישות דייקי כדברי הרא"ש שכתב דין. י"ט ז"ל קידשה באוכל או בכלי וכיוצא בו ששוה פחות מפרוטה ה"ז מקודשת בספק וכו' שמא דבר זה שוה פרוטה במקום אחר. משמע דוקא היכא דלא ידעי' בבירור שודאי שוה פרוטה במקום אחר הוא דספק מקודשת דוק מינה הא היכא דידעי' בודאי דשוה פרוטה במ"א דמקודשת גמורה היא ד"ת ונמלא דגם מרים

דבריו נוטים כדעת הרא"ש אך ממ"ש עוד הר"מ הא למדתי שכל המקדש בשוה כסף אם היה באותה מדינה שוה פרוטה הרי אלו קידושי ודאי ואם אינו שוה פרוטה הרי אלו קידושי ספק ע"כ. מזה איכא למידק דבש"פ במקום אחר בודאי אפ"ה קידושי ספק הם מדנקט בלישניה אם היה באותה מדינה ש"פ וכו' משמע דוקא באותה מדינה הוא דהוי קידושי ודאי הא במדינה אחרת אפי' דודאי ש"פ ספק קידושין נינהו דאי לאו הכי אלא כדעת הרא"ש מאי איריא דנקט הר"מ אם היה באותה מדינה ש"פ לישמועינן רבותא דבש"פ במ"א הוו קידושי ודאי ומכ"ש בש"פ באותו מקום. אלא ודאי זהי יורה דלדוקא נקטיה. להשמיענו דבש"פ במקום אחר אינה אלא ספק מקודשת כדעת ר"ת ור"י וזה נ"ל שהוא הכרחו של הרב המגיד ז"ל שהבית דברי הרשב"א שכתב דאפי' דש"פ במקום אחר הוו ספק קידושין וכתב עלה וכן מורה לשון רבינו. ולדעתי נ"ל דדייק לה ממש אם היה באותה מדינה ש"פ וכו' וכדאמרן. וכי תימא לפי זה מה נענה ממאי דדייק לה הרא"ש מסוף דברי הר"מ המורים הפך מזה. הא ודאי לעד"ן דאין שום דקדוק מסוף דברי הר"מ. יען דמ"ש הר"מ הוא דבדבר שאינו מתקיים כלל אינה מקודשת כלל, ודייקי' מינה הא אי הוא דבר המגיע למקום אחר, ששוה שם פרוטה הויא ספק מקודשת מדרבנן גזירה אטו אותו מקום שש"פ ומשום חשש הרואים נגעו בה ולעולם דאף דש"פ בודאי במקום אחר ספק קידושין הוו לה ודאי. גם מרים דבריו שכתב ה"ז מקודשת בספק וכו' שמא דבר זה וכו' אין שום דוקא שהרי שנה ופירש מיד הא למדת וכו' כדי שלא נטעה בזה אלא דוקא באותה מדינה בעינן ש"פ כדי שתהא מקודשת. ודאית אבל בש"פ במ"א קידושי ספק נינהו. כנ"ל ברור ופשוט ועזר לתמכי הוא הרב המגיד ז"ל.

אבן לדברי הרא"ש קשיא דיוקא אדיוקא דמדיוקא דסיפא משמע דהוו קידושי תורה, ואילו ממ"ש הא למדת וכו' משמע איפכא, וכבר ראיתי להרב עצמות יוסף עמד אהני תרי דיוקי והניחם בתימא יע"ש. וכבר עלה על דעתי ליישב זה לדעת הרא"ש והוא שיש לדקדק בדברי הר"מ במ"ש הא למדת וכו' אם היה באותה מדינה וכו' דל"ל למינקט מדינה הול"ל באותו מקום וכדנקט בתנ' הכי יר' לי וכו' אם לא היה ש"פ באותו המקום וכו' ה"נ הו"ל למינקט גם ברים דברי, ואמאי שינה בלישניה הלא דבר הוא, והוא כי מדינה הוי אפרכיא וכמ"ש באיכה רבתי כל מקום שאתה מולא שדה עיר עיר מדינה מדינה אפרכיא יע"ש, וגם רבינו בפי' המשנה אהא דתנן בר"ה במקדש היו תוקעין אבל לא במדינה פי' דמקדש היינו ירושלם ומדינה היינו כל א"י שהיא אפרכיא אחת יע"ש. והשתא יש לי. לומר דמאי דנקט רבינו אם היה באותה מדינה לאו בעיר עלמה קאמר אלא אפי' בעיר אחרת דהיינו באפרכיי אחת הוי מקודשת מן התורה ואם לאו כלומר שבאפרכיא אחת אין אנו יודעין שהוא ש"פ אז הוא דהוו ספק קידושין ולזה הוא דקאמר שמואל חיישי' שמא ש"פ במדי שאינו באפרכיא ההיא, אלא דאכתי לא הונח לי חדא דנמלא לדעת הר"מ דבאפרכיא אחת הוו קידושין גמורים ובשהוא חוץ לאפרכיא הוי ספק וזה מנ"ל, ועוד דנפקא מינה לענין דינא, ועוד כי דברי הרא"ש בעד הר"מ לא מוכחו הכי אלא פשטי דבריו מורים שכל שש"פ במקום אחר אפי' יהיה בסוף העולם הוו קידושין גמורים, ואם איתא כדאמרן הי"ל לפרש, יש חילוק בין אפרכיא למקום אחר כיון דנפקא לן לענין דינא ולא הו"ל למסתם סתומי. נוסף על זה דלדידי חזי לי דמידי דדרשה נינהו.

והיותר נכון נ"ל לומר לדעת הרא"ש בעד הר"מ דמאי

קא מעריס וניחוש לאערומי אי משום שינוי השער אי משום דוחקא ומנא ידעי' דלא מעריס, וא"כ מה הוכיח ולמד הרא"ש מדברי הרי"ף ומנא זה הניף ידו לפרש כונת הרא"ש בעולם עיונו כאשר יראה הרואה לשם באורך ורוחב מבינתו עם שיש קצת טעיות בדפוס מ"מ כוונתו מבוארת למעיין.

והנה אני נוטה אליו בביאור דברי הרא"ש בהוספה מועטת לפקענ"ד, והוא כי השואל שאל מאתו זה שאמרו דמוכר לעולם חוזר ולא שמו קצבה לאיזה זמן יכול לחזור, כי פשט הדברים מורה דלעולם יכול לחזור וגם שנתנו טעם הואיל ואין מקחו בידו עד דמיתרמי ליה זבינתא וכו' וידע אי טעה. פשט הדברים מורים דמעת דאיתרמי ליה זבינתא וכו' וידע אי טעה מאז והלאה שידע שטעה יכול לחזור לעולם כל הימים בכל עת שירצה עד ימות המשיח ולא שמו קצבה עליו. וכיון שכן אפשר שאדם דחוק לפי שעה וימכור שוה סלע בדינר מפני דוחקו וכשיזדמנו לידו יבטל המקח באומרו דאיתרמי ליה זבינתא כזבינתיה וידע אי טעה וגמלא מעריס מתחלה. גם לפעמים יודע שהשער מתיקר לעתים מזומנות לכך מחיל גביה ובזבין שוה מאתים במנה ומשתמש במעות ובשעת היוקר יחזיר לו מעותיו וגמלא דאערומי קא מעריס והיינו לפי שלא נתנו קצבה למוכר אלא אמרו לעולם חוזר. ולזה השיב הרא"ש דמתוך דברי הרי"ף יתברר כל זה. והוא שאחר שהביא הטעם האמור בש"ס סיים עליו ז"ל הלכך לעולם חוזר עד דמתרמי דאתברר דרמי ליה זבינה כזבינתיה וידע דטעה ולא אהדריניהו ע"כ. הורה לנו בזה דלא אמרו דמוכר לעולם חוזר לגמרי אלא דוקא עד דאיתרמי ליה דרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה ותכף חזר אז הוא דיכול לחזור אבל אם באותו פרק דידע דטעה לא אהדריניהו שוב אינו יכול לחזור, הרי נתברר הספק הראשון דמ"ש דמוכר לעולם חוזר נתנו קצבה לדבריהם ולאו לגמרי היא, גם ממה שכתב הרי"ף וידע דטעה משמע דסיבה דיכול לחזור אינה אלא כשהוא מכיר ויודע שטעה דומיא דחמרא יטלית דשומתו ידועה לענין כל שהכל בקיאים באיכותם ויודעים שזה דומה לאותו שמכר. וא"כ מינה יש ללמוד שכל שלא הביא בירור דאיתרמי זבינה כזבינתיה וידע בו בפרק דטעה אלא שנשתנה השער לא מהני. וא"כ תו ליכא למיחש להך ערמה, גם אם זלזל במכירתו מפני הדוחק לא מהני מהך טעמא גופא ככ"ל ביאור דברי הרא"ש ז"ל ועיין בפרישה ס"ק י"א.

ומעתה הדרן לנ"ד דפשיטא דאין לראובן ולא לב"כ דין ודברים על האלמנה מטעמא דכתיבנא לעיל, דמאחר דהוי דבר שאין שומתו ידועה לענין כל לא אמרינן דלעולם חוזר. מהטעם שהזכרנו לעיל, ועוד דגם אם נאמר שראובן המוכר ידע בעת ההיא שהיה שוה יותר ועכ"ז נתרצה בעשרה גרו' מ"מ אין יכול לחזור דהרי ידע ומחיל. וכענין זה העלה מהרשד"ס בח"מ בסי' קע"ה וז"ל וא"ת שידעה כי באותה שעה שנמכרו החפצים היו שוין יותר וכיון שידעה מחלה איברא דסיים אח"כ הרשד"ס ז"ל אם אמנם יש מקום לפקפק שכתב הרב מגיד משנה שהרשב"א ז"ל חולק בדבר ואעפ"י שמוהריק"א ז"ל בח"מ סי' רכ"ז דנקטינן דלא כותיה מ"מ וכו' עד ולכן אני אומר שבנ"ד וכו' אם תטעון שנתאנה בעלה בשעת המכירה יכולה היא שתאמר קים לי כהרשב"א עכ"ל, הרי שהרב ז"ל חתים על הך דהרשב"א לענין לומר קי"ל.

ואני הלעיר שמעתי ולא אבין דהרואה יראה דעקר דברי הרשב"א שהביא הרב המגיד ז"ל אינו אלא לענין מ"ש הרמב"ם דאם היה המקח דבר שאין במינו שינוי כגון פלפלין וכיוצא הרי זה אינו חוזר, ע"ז הוא שכתב ה"ה ז"ל דהרשב"א חלוק בדבר וס"ל דמוכר לעולם חוזר שלא תחלוק בשיעורין ובדבר זה הוא שכתב מרן דלא נקטינן כהרשב"א. אבל בענין היכא דזלזל במכירתו או היכא שנודע לו שבא לידו כממכרו והוא ידע שטעה ולא תבע שהעלו הרי"ף והרא"ש והרמב"ם שאינו יכול לחזור ולתבוע שהרי מחל ונפקא להו מטעם הש"ס מאן לימא לן דהרשב"א חלק בזה ואדרבא עלינו להשוות את החולקים ולא לאפושי פלוגתא וא"כ אף דנימא דיש לחוש לס' הרשב"א מ"מ בענין היכא דידע ומחיל כגון שזלזל במכירתו איכא למימר דבזה גם הרשב"א יודה דאינו יכול לחזור וא"כ לא ידעתי מי גילה לו רז זה דהרשב"א חלוק הוא על הכל סוף דבר לע"ד איני רואה מקום לומר שיחלוק הרשב"א על זה.

אמור מעתה דבענין אם זלזל במכירתו דידע ומחיל ובפרט היכא שטעה ביותר כדי שהדעת טועה בהא כ"ע סברי דאין יכול לחזור ומעתה בנ"ד אם ידע מתחלה פשיטא דהואיל שהוא ביותר מכדי שהדעת נוטה פשיטא דאין יכול לחזור. ואפי' לדעת מהרשד"ס שחש לדברי הרשב"א כ"ל דהיינו דוקא בנ"ד שהיתה מוחזקת בקופו' ויכולה לומר קי"ל. אבל כיוצא דנ"ד דאין ראובן מוחזק מאומה בזה כ"ל דגם מוהרשד"ס יורה יורה ידין ידין דבזלזל בממכרו דאמרינן דידע ומחיל ושוב אין יכול לחזור ואפי' לדעת הרשב"א ז"ל הואיל ולא שייך לומר קי"ל כיון שאינו תפוס. נוסף ע"ז דבנ"ד כתוב שראובן מכר הטבעת מחמת לערו ודוחקו, וא"כ שפיר איכא למימר דידע ומחיל וזלזל במכירתו מחמת לערו ותו לא מצי למהדר ביה כמ"ש הרא"ש בתשו' הנז' דבזלזל במכירתו מחמת דוחקו דתו ליתיה בתורת חזרה מיהו אכתי נר' דנ"ד אינו דומה לראיה דע"כ לא קאמר הרא"ש דאין יכול לחזור אלא דוקא היכא דזלזל במכירתו דידע דשוה יותר ואפ"ה מפני דוחקו זלזל אז הוא דלא מצי הדר מטעם דידע ומחיל. אבל בנ"ד לפי המושג בשאלה נר' דלא זלזל שהרי החזירו על השמאים ונתרצה בשומתן ששמו בעשרה גרו' ושוב חזרו בהם ולא דיבר מאומה עד שהזמין לו ה' האלמנה שקנתה אותו. בשומה הנז' וחלף הלך לו ועכשיו שבאו אלו הסוחרים מבחון וקנו אותו במאתים הוא דקרא ערער כל כי הא דנר' שלא היה בקי בשומה הא ראיה שעד היום הזה דאיתרמי מלתא שבאו הסוחרים לא דיבר מאומה, א"כ כל כי הא יש לדון דשפיר מצי הדר ראובן והרי זה כההיא דאמרו דמוכר חוזר עד דמיתרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה דמצי הדר ה"נ בנ"ד דכותה. ומה גם דבענין המרגלית כיוצא דנ"ד שאין שומתן ידועה דפסק הר"מ פי"ב דמכירה ומרן סי' רכ"ז דבמוכר אבנים טובות ומרגליות שיש ללוקח לחזור עד שיראה אותם לתגרים הבקיאים בהם בכל מקום שהם שאין הכל בקיאים בהם לפיכך אם לא היה מכיר באותה מדינה והוליך המקח למקום אחר או שבא הבקי לאחר זמן מרובה והודיעו שטעה הרי זה חוזר ע"כ. ומעתה לענין מוכר מרגלית וטעה הדברים ק"ו ומה הלוקח דיהבי ליה זמן עד שיראה לתגר או לקרובו ותו לא. ואפ"ה לענין מרגלית שאין שומתן ידועה אמרו דחוזר הוא אפי' לאחר זמן מרובה. כ"ש וק"ו להיכא שטעה המוכר במרגלית דהרשות נתונה לו דלעולם חוזר דפשיטא דבמרגלית אף לדעת הרי"ף והרא"ש והר"מ יודו דפשיטא דחוזר הוא אף אם הרבה כחול ימים. וא"כ הדבר יוצא בנ"ד דזכה ראובן בדינו עם האלמנה הואיל ומרגלית היתה ושפיר מצי הדר.

ואני עני ואביון כ"ל כיהודה ועוד לקרא להביא עזר וסיוע לס' הר"מ בענין מרגלית שהעלו דחוזר אפי' לזמן מרובה הואיל ואין שומתן ידועה מההיא דתנן בערכין ס"פ חמישי וכן מרגלית אם מעלין אותה לכרך משבחת היא אין להקדש אלא מקומו ושעתו, ואמרינן עלה משום

סימן ז׳.

דין שומת האלמנה.

שאלה ראובן מחמת דוחקו ולצערו הוציא טבעת אחת מאבני דיאמאנטי למכור וישומו אותו הבקיאים שבעיר צורפי זהב וכסף בסך עשרה אריות לקנותו הם עפ"י שומתם ושוב חזרו בהם באמרם כי לא היה שוה השומה הנז'. ושם נמצאת אשה אלמנה וקנתה הטבעת הנז' בעשרה אריות כפי שומת השמאים שבעיר וימת ראובן אלי"ש. והנה האלמנה הנז' הגבו לה ב"ד כתובתה כתחז"ל ובכלל שמו לה הטבעת הנז' בעשרה אריות כאשר קנתה אותו, וירבו הימים עלו ובאו אנשים סוחרים מעיר אחרת ואיתרמי מלתא שראו הטבעת ההיא ורצו לקנותה בפרקמטיא להרויח ושמו אותה בסך מאתים אריות, הן עתה שואלים יורשי בעל האלמנה את הריוח הנוסף מעשרה אריות ולמעלה. והאלמנה טוענת כי מזלה גרם ואין לך אלא מקומו ושעתו. יורנו המורה לצדקה הדין עם מי ויבא שכמ"ה.

תשובה אל אלקים אשים דברתי, יהיה בעזרי להוציא לאור פרי דתי. ולדון דין אמת לאמיתו כי ממנו תשועתי כיר"א.

תחלת דיבור אחלקה שכם הא' דינא דנ"ד לב' חלקים החלק הראשון לחקור אם היה ראובן המוכר חי או יורשיו אחריו אם יש להם דין עם האלמנה, שנית דין יורשי הבעל עם האלמנה. וה' אלקים יעזור לי. ואשיבה ידי אל החלק הראשון דלכאורה נר' דאם ראובן המוכר היה קיים עד היום היה המכר בטל. דהגם דקי"ל דעד מתי יכול להחזיר עד כדי שיראה לתגר או לקרובו מ"מ הרי שם בפ' הזהב אמר נחמן ל"ש אלא לוקח אבל מוכר לעולם חוזר וזו הלכה רווחת פסקוה כל הפוסקים הרא"ש והטור ח"מ סי' רכ"ז והר"מ פי"ב מה' מכירה גם הרי"ף בהלכותיו פסק כן. ואמרו בש"ס מ"ט לוקח נקיט מקחו בידו וכל היכא דאזיל מיחוי ליה אי טעה או לא טעה. מוכר ליכא מקחו בידו עד דמיתרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע אי טעה. הרי לך דיד המוכר על העליונה ולעולם חוזר הואיל ואין מקחו בידו. וא"כ דון מינה לנ"ד דאף שהרבה כחול ימים כל היכא שאח"כ הוברר ע"י שמאים וידע דטעה חוזר בו המוכר וזוכה בדין עם האלמנה כן היה נר' לדון לכאורה.

אכן נר' דאין לראובן ולא ליורשיו אחריו דין ודברים עם האלמנה וזכתה היא בשלה דמשמיא מיהב יהבו לה מכמה טעמי תרילי דבעי' למימר בס"ד. זה יצא ראשונה ממ"ש הרי"ף ז"ל אההיא דאמר רב נחמן דמוכר לעולם חוזר מטעם דמוכר ליכא מקחו בידו עד דמתרמי ליה וכו' וסיים עלה הרי"ף ז"ל הלכך לעולם הדר עד דאיתברר דאיתרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה ולא קא הדר ביה.

ועינינו הרואות להרב הגדול כמוהר"ר יחיאל באסן הובאו דבריו בפסקי מוהרי"ט בשניות לטח"מ סי' י"ט על תביעות הר"ש פארדו עם מוהר"ר י"ט אבן יעיש זלה"ה אשר הליגו טענתם לפני הרב הנז' ועמד הרב הנז' לימין מוהרי"ט ן' יעיש לזכותו. וכתב וז"ל ומ"ש הר"מ פי"ב ממכירה אבל המוכר חוזר לעולם וכו' עד שיראה כמוהו שנמכר וכו' עד לא נאמרו דברים אלו אלא בטלית ומרגלית שהכל בקיאים באיכותם ויודעים שזה דומה לאותו שמכר, אי נמי שנתברר שהוא בקי עליהם, וזהו שהוסיף ז"ל על לשון הגמ' וכתב וז"ל הלכך לעולם הדר ביה עד דאיתרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה ולא קא הדר ביה עכ"ל, ונר' דהרי"ף קשיא ליה וכו' יע"ש באורך.

אתה הראית לדעת דע"כ לא אמרינן דמוכר לעולם חוזר אלא בטלית ומרגלית שהכל בקיאים באיכותם, אי נמי שנתברר שהוא בקי עליהם וכדדייק לה הרב ז"ל מדברי הר"מ עד שיראה כמוהו וכו' שנר' שהוא בקי בדבר ע"י ראיתו כמוהו. וגם דייק לה מדברי הרי"ף ז"ל שכתב וידע דטעה. אלמא דבידיעתו הדבר תלוי שהוא בקי בדבר. משא"כ במרגליות כיוצא דנ"ד דאין יד כולן שוה בידיעתן ואין הכל בקיאין בזה זולתי א' מעיר וב' ממשפחה אז ודאי דאין אנו אומרין דלעולם חוזר. משום דאיכא למיתלי דלעולם מתחלה נתגלה במקח וכך היה שוה. ואח"כ נתייקר השער וברצותו כי עלה השער רוצה לחזור בו וכל כי הא לא כל הימנו דמוכר יכול לחזור. והרי זה כההיא דכתב מרן הב"י בסי' רכ"ז בשם הרמב"ן שאם נתייקרו עכשיו טליתות יותר משעת המכר שאינו יכול לחזור בו, ה"נ דכוותא דמי מפיס דזו הטבעת, הערך שנותנים הסוחרים היום היה שוה בשעת המכר. דילמא השתא הוא דאייקור ומספיקא לא מפקינן ממונא מיד האלמנה המוחזקת דבשלמא אם האיש ראובן המוכר הוא היה בקי בערך המרגלית איכא למימר הואיל ואין מקחו בידו יש לו לחזור עד דאיתרמי ליה זבינא כזבינתיה וידע דטעה. אמנם בנ"ד דנר' כי הוא בער ואין מבין והרי נתרצה למוכרה בעשרה גרו' בשומת אנשי העיר כל כי הא פשיטא דליתיה בתורת חזרה כלל.

והנה עפ"י מה שהראנו לדעת הרב הנז' בכונת דברי הר"מ ז"ל דלא אמרינן לעולם חוזר אלא דוקא בטלית ומרגלית אי. נמי שהוא בקי עליהם ודייק לה ממ"ש הר"מ עד שיראה וגם ממ"ש הרי"ף וידע דטעה. עפ"י זה ניחא לי דברי ה"ה ז"ל שכתב על דברי הר"מ ואמרו בהלכות וכו' ומזה למדו וכו' יע"ש. דלכאורה לא ידעתי בתחלת דבריו מה לו להזכיר דברי ההלכות אחרי שדבריו הם דברי הש"ס דקאמר מ"ט וכו' לוקח וכו' עד דמתרמי ליה וכו' והן הן דברי רבינו. וא"כ מה לו לה"ה בפתח דבריו לומר ואמרו בהלכות וכו' כאלו אינם דברי הש"ס. עד שמכח זה היה נ"ל שהוא לשון נמשך. ור"ל ממה שהביאו בהלכות טעם הש"ס ומזה למדו וכו'. וגם זה לא הונח לי. אכן עפ"י דברי הרב הנז' ניחא דה"ה ראה והנה בדברי הר"מ שכתב עד שיראה כמוהו. דנר' דבבקיאותו ובראותו הדבר תלוי ומנא ליה הא. ולזה כתב שזה נלמד מההלכות שהביאו דברי הש"ס וסיימו הלכך לעולם וכו' וידע דטעה דאלמא דבידיעתו הדבר תלוי ומינה למדה רבינו ז"ל ככ"ל עפ"י דברי הרב הנז"ל.

ועל פי זה נ"ל לבאר כונת תשו' הרא"ש בכלל ק"ב וז"ל ומה ששאלת הא דאמרינן פ' הזהב מוכר לעולם חוזר עד מתי תהיה. ועוד אפשר שהאדם דחוק לפי שעה וימכור שוה סלע בדינר וכו' וכן פעמים שהשער משתנה וכו' מתוך דברי הרי"ף יתבאר לך כל זה כי הוא כתב וכו' וידע דטעה ולא קא אהדרינהו. ומזה יש ללמוד וכו' עד הילכך מפני שינוי השער אינו יכול לחזור וגם אם זלזל במכירתו וכו' אינו יכול לחזור כי ידע ומחיל עכ"ל.

וראיתי למוהרי"ט בשניות חח"מ סי' י"ט הביא תשו' הלזו ומקשי בה אקשתא, ראשית דבריו כתב דאי אפשר לומר שבא הרא"ש לומר שלא יחזור בו מחמת שינוי השער שיאמר אילו ידעתי שהיה השער מתייקר לא הייתי מוכר והיכי תיסק אדעתין טענה זו של בורות שנסתפק בה השואל. ועוד עד שבא ללמוד כן מדברי הרי"ף ז"ל שאין בלשונו שום הוכחה לזה הלא גמ' ערוכה היא כשאינהו ושוב נתייקר השער דא"ל אי לאו דאוניתני לא מלית הדרת בך השתא דאוניתני וכו', ומכח הזה העלה הרב דעיקר ספק השואל היה משום דדילמא אערומי

קא

או כולו או מקצתו בהא הוא דקאמר דהואיל ואין מטבע נקנה בחליפין לא מהני אלא באגב אבל לעולם דכל שאין מקנה לו מאומה מהממון ההוא לעצמו של השליח אלא שמרשהו שיביא לו הממון פשיטא דסגי בק"ס וכדיהיב טעם לשבח הרמ"א דהואיל ואין מקנה לו גוף הממון אלא רשותא בעלמא הוא דיהיב ליה סגי בק"ס, ולעולם דבהרשאת ממון שמקנה לשליח מהמעות ההם אז גם הרמ"א אזיל ומודה דלא סגי אלא בקנין אגב. ונמצא לפ"ז דהרמ"א והר"מ והטור ז"ל דעת אחת להם. דאף בהרשאת ממון סגי בק"ס, אבל בהרשאת ממון שמקנה ממנו לשליח לא מהני אלא באגב, וכפי זה מ"ש מרן וקנין זה הוא קנין סודר דלהקנות מעות וכו' איירי אף בהרשאת ממון וכשאין מקנה לו מאומה מהממון ההוא אלא יהיב ליה רשותא שיביאינו לו דבזה סגי בק"ס כנ"ל ביאור דברי מרן ז"ל להצילו מפח יקוש והוא על צד הדוחק, ולתמיהת הרש"ך הנז' היה נלע"ד דס"ל למרן דמהך סוגיא ליכא שום הוכחה דהך סוגיא בהרשאת מטלט' היא וכמ"ש שם אמרי נהרדעי אורכתא דלא כתיב בה זיל דון וכו' ואמטלטלי קאי, וכן מ"ש ואם כתב לו לשלים וכו' ומ"ש רב אשי שליח שוייה יש לפרשה כולה הך סוגיא על הרשאת מטלטלין. ולכן רבינו לא הוכיח ממנה לענין קנין אגב הואיל ולא איירי בקנין ממון אלא במטלטלין כנ"ל להליץ בעד מרן ז"ל.

ברם אכתי פש גבן לעמוד על דברי הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק י"ג שעמד מלין יושר על הטור שכתב והרמ"א כתב ולא כתב וכתב הרמ"א שהעלה מרן הב"י דלא דק והש"ך הליץ בעדו ותורף דבריו דהרמ"א חלוק עם הר"מ דלדעת הרמ"א ס"ל דאף במרשה על המעות סגי בק"ס ולא בעי קנין אגב משא"כ לדעת הר"מ דס"ל דבמרשה על המעות לא סגי בק"ס הואיל ואין מטבע נקנה בחליפין, אלא דוקא בקנין אגב כמבואר בדברי הרמב"ם בו בפרק דין ז' יע"ש. ולכן דקדק הטור ז"ל לכתוב וכתב הרמ"א לאפוקי מדברי הר"מ שחולק עמו זהו תורף דברי הש"ך יע"ש באורך, ורואה אנכי כי שני נביאים נתנבאו בסיגנון אחד ה"ה הרב כמה"ר שמחה הכהן ז"ל הובאו דבריו בס' פליטת בית יהודה סי' ק"א דף כ"א ע"ב יע"ש, וגם כמהר"י לירמא ז"ל הסכים לדבריו בזה וכאשר יראה הרואה לשם וקשיא לי בזה דאם כדבריהם לא הי"ל להטור לכתוב דברי הרמ"א בסי' זה רק בסי' קכ"ג ס"ק א' אחר שכתב הטור' דבהרשאת מעות לא סגי בק"ס דאין מטבע נקנה בחליפין אלמא דבעי קנין אגב וכמ"ש עליו מרן שם דס"ל כדעת הר"מ יע"ש, שם הי"ל להטור לכתוב וכתב הרמ"א להשמיענו דחלוק על הר"מ כי שם ביתו ולא הי"ל להטור להביא כאן דברי הרמ"א איך שיהיה הרי מלאכו חבר לפי' הש"ך ז"ל.

אבן מאי דתמיהה לי על הש"ך ז"ל דמ"ש שם וז"ל והדבר פשוט שיצא לו להר"מ כן מדאמרינן פרק הגוזל עצים תא ואקנינו ניהליה אגב ארעא וכו' עד וע"כ כתב הר"מ שהמרשה את חבירו וצריך להקנות לו ואין צריך לדחוק שיצא לו מדאי פליגו או שליח שוייה או שותף שוייה וכן ממאי דאמרינן שאם הקנה לו שליש או רביע וכו' וכמ"ש בב"י אלא כדפי' עכ"ל הש"ך יע"ש. ולע"ד פליאה דעת ממני ושלא בדקדוק כתב כך דנראה שבא להורות לנו את דינו של הר"מ דנפקא ליה מהך סוגיא דהגוזל כנראה שמרן נעלם ממנו הך סוגיא וחלילה וחלילה למאור עינינו מאור הגולה שנעלמה מזיו חכמתו הך סוגיא דהגוזל והוא בעצמו כר"מ על מ"ש הרמב"ם שם בדין ז' גבי הרשאת מעות דבעי קנין אגב הביא מרן הך סוגיא דהגוזל כאשר יראה הרואה, אלא שדברי מרן בהוכחתו מהך סוגיא דהגוזל קאי בהרשאת מעות ובראש הפרק דקאמר הר"מ וצריך ליקח לו בקנין שהרשהו מיירי בפקדון או מטלטלים וס"ל למרן דסגי בק"ס ולכן הוכרח להביא הך סוגיא דמרובה דשליח שוייה או שותפא שוייה להוכיח ממנה דאף במטלטלים בעי קנין סודר, אמור מעתה דמאחר שדברי הר"מ בראש הפרק הם במטל' או פקדון דוקא היאך היה עולה על הדעת לומר שיוכיח מהסוגיא דהגוזל דשם אינו אלא במעות, משום דאינם נקנים בחליפין משא"כ במטלטלין דניקנין בחליפין אז פשיטא דסגי בק"ס הלכך מרן דקאי על דברי הר"מ בראש הפרק במיירי במטל' הוכיח דבריו מסו' דמרובה ולא מסו' דהגוזל כי אין ממנה ראיה כלל וזה ברור כדעת מרן ופשוט הוא מצד וא"כ דברי הש"ך שכתב שהי"ל להוכיח מהסוגיא דהגוזל לא נהירין ולא נהירין דמשם אין הוכחה כלל וכדאמרן ודברי מרן נכוחים וברורים ואין בהם נפתל ועקש וה' עמו, את זה ראיתי לתור בחכמה כפי קט"ד דרך אגב.

ואשיבה ידי למאי דקמן דהנה לענין תופס לב"ח במקום שחב לאחרים במחלוקת היא שנויה דלדעת מוהרשד"ם ז"ל לפי מה שישב לדעת רש"י ז"ל נפקא לן דס"ל דכל היכא שעשאו שליח בעדים כיוצא בנ"ד דתפיסתו תפיסה ולא שייך ביה חב לאחרים ולפי תירוץ בית הלוי בכללי המיגו הנז"ל נפקא לן לנ"ד שמאחר שהאלמנה נתנה לשליח סך מה דהשתא זכי לנפשיה שייך שפיר לומר מיגו דזכי לנפשיה וכו' ותפיסתו תפיסה ולפי ישוב הש"ך נמי הנז"ל דבשכרו להיות שלוחו דקנה כמו כן בנ"ד יש לדון דקנה. ולפי ישוב הב"ח הנז"ל דבהרשאה קנה. וכן כתב הנשר הגדול הריטב"א ז"ל הובאו דבריו במוהר"א ששון סי' ס"ו שיישב כן דעת רש"י ז"ל ומוהר"א ששון הסכים לדבריו דיכול לומר המוחזק קים לי כרש"י דהשתא נפקא לן לנ"ד שעשאו אותו שליח בהרשאה כמוצא בשאלתינו דתפיסתו תפיסה ולפי דברי המבי"ט בח"ג סי' ן' ומוהרא"ח בח"ב סי' נ"ד שהעלו דהא דלא קנה היינו בתופס שלא מדעת אותו שבידו אבל אם תפס מדעת אותו שבידו קנה, נפקא לן נמי לנ"ד שתפס מדעת אותו שבידו קנה.

בכלא דהאי שמעתתא דקם דינא בנ"ד דזכה לוי המורשה בתפיסתו ואין כח ביד המערערים להוציא מידו ואין בכל טענותיהם ממש. דאי מטענת מתנת האלמנה הרי הוכחנו בתוכחת מגולה דבנ"ד מתנתם מתנה לכ"ע ולית דימחה דידה וכמ"ש בחלק הראשון. ואי מטענת המיגו גם בזה הארכנו דשפיר הוי מיגו וכהסכמת כל גדולי המורים ומרן הב"י על גביהם וכמ"ש בחלק השני. ועוד דבנ"ד לא שייך דין תופס לב"ח מכל הלין טעמי שכתבתי בסוף החלק השלישי. באופן דתפיסת לוי תפיסה מעליא והמערערים כנגדו ידם על התחתונה והרי הם בטלים ומבוטלים. ועל הכל הוראת ב"ד הצדק תכריע כי יפה הורו יפה דנו וה' עמם שהלכה כמותם וכאשר הארכתי למעניתם וכל דבריהם אמת וצדק מיוסדים על אדני פז עד היסוד בה. ואני לעצמי כתבתי להשרים עצמי וכיוצא בי בעיקרן של דברים אמרו לפעולת טבה. לייש"ר חילי בהוראתם ללמוד וללמד בתורת ה' תמימה. זוהי ביאה זוהי שיבה. אעתיר אל אלוק' גם כי אזקין לא אסור ממנה להגות בתורת ה' תמימה משפטי ה' אמת ולכל בהן חיי רוחי. אמת כן יאמר ה' ותהי זאת נחמתי להחיות בהן נפשי ורוחי. כה דברי נעלב לילדי הזמן בוגד קטינא קטינא מאום ושחי, עבד נרצע ליודעי דת ודין.

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

אגב וא"כ היאך השוה דעת הר"מ לדעת הרמ"א. ועוד תמה על מ"ש מר"ן שדעת הטור כדעת הרמ"א ומ"ש והרמ"א כתב לא דק דהא ליתא דהא בסי' קכ"ג סי' א' כתב הטור דאם היו לו מעות אלל חבירו לא מהני הרשאה משום דאין מטבע נקנה בחליפין וכתב עליו מרן שדעתו כדעת הר"מ דבקנין אגב מהני. הרי דשאני ליה בין מטלטלין למעות דבמעות בעי' קנין אגב ואילו לדעת הרמ"א אף במרשה על המעות סגי בק"ס, וזה הפך דברי מרן ז"ל. והכנה"ג החזיק מדורת התמיהה על מרן הב"י שדבריו סותרין מ"ש בסי' קכ"ב עם מ"ש בסי' קכ"ג זהו תורף דבריהם יע"ש באורך הלא בספרתם. ואיברא דלתמיהות הללו שתמהו הגד"ת והכנה"ג הנז' ראה ראיתי בס' הנדפס מחדש הנקרא ידי אליהו מהרב כמוהר"א גאליפאפה יצ"ו בתקנה קכ"ב דף ע"ד ע"ב כתב וז"ל ואני הלעיר גברי רברבי חזינא ותיובתא לא חזינא שנראה שהבינו בדברי מרן דדוקא להקנות מעות בעלמא הוא דבעי' קנין א"ק אבל אם הרשהו על מעות שביד חבירו סגי בק"ס ואין פי' דבריו כן כלל אלא פי' דבריו דבהרשאת מעות דוקי' בעי' לכתוב בהרשאה אגב קנין להקנות המעות על גביה אבל בהרשאת פקדון שאינו מעות סגי בק"ס כמ"ש הר"מ וכו' עד מ"מ כונתו מבוארת שמ"ש דלהרשות סגי בק"ס היינו דוקא הרשאת פקדון שאינו בעין או מלוה ואין לורך לעיון אפי' לדרדקי דבי רב עכ"ל יע"ש באורך. ונמלא לפי פירושו זה שפי' בדברי מרן דס"ל למרן ז"ל דבהרשאת ממון בעינן קנין אג"ק והרשאת פקדון או מטלטלין סגי בק"ס. והשתא לפי זה מ"ש מרן דקנין שכתב הר"מ הוי בק"ס הוי בהרשאת פקדון דוקא לא בהרשאת ממון. ועפ"י זה נ"ל דסרה מהר תלונת מוהרש"ך במ"ש על מרן ז"ל דאמאי לא יליף מהך סוגייא דשותפא שויה וכו' דבעי' קנין דאין מזה תימה כלל דמרן ז"ל אה"נ דס"ל דבהרשאה ממון בעי' א"ק אלא דבהך סוגייא מיירי בסתם הרשאה בין בממון בין בפקדון בין במטלטלין. ומרן לענין הרשאת מטלטלין או פקדון לחוד קאי ועלה קאמר דמהך סוגייא יליף מדקאמר או שותפא שויה דבהרשאת מטלטלין סגי בק"ס ולעולם דאיה"נ דבהרשאת ממון גם מהך סוגיא איכא למילף דבעי' אג"ק דהא כדאיתיה והא כדאיתיה אלא דמשום דמרן קאי על דברי הרמב"ם בראש הפרק דהייא בהרשאת מטלטלין או פקדון דבהיא בק"ס לחוד סגי הלכך לא יליף מהך סוגיא אלא ק"ס ואה"נ דלמאי דכתב הר"מ לקמן דבהרשאת ממון בעי' קנין אג"ק דשפיר איכא למילף מהך סוגיא דבעי' אג"ק ועפ"י זה ניתרת גם תמיהתו השנית שתמה דאמאי לא יליף דבעי' אג"ק ממ"ש שם בסוגיא ואם נותב לשליש ולרביע וכו' דלפי מאי דכתיבנא יש להרץ כמו כן דאה"נ דמהכא איכא למילף דבהרשאת ממון בעי' אג"ק אלא דמשום דמרן לא קאי אלא בהרשאת פקדון או מטלטלין לחודה משום הכי לא יליף אלא דסגי בק"ס וכדבר האמור, ואל תשיבני דא"כ ממ"ש הר"מ לקמן דבהרשאת ממון בעי קנין אג"ק אמאי מרן ז"ל יליף לה מסוגית הגוזל ולא הביא הך סוגיא דמינא יש להוכיח דבעי' אג"ק ואמאי לא הזכירה מרן ז"ל ולא העלה על שפתו. אין מזה קושיא כלל דהא בהך סוגייא דמרובה לא הוזכרה בה קנין כלל לא אגב ולא ק"ס דהא סתם אמרו שותפא שויה ויכול להיות ולפרש דאף בהרשאת ממון בק"ס לחודיה מהני דהיכן הוזכר קנין אג"ק. לכן הוכיח מרן את דין הרמב"ם מסוגיא דהגוזל דשם מפורש דבהרשאת ממון לא מהני אלא דוקא קנין אג"ק ולא ק"ס ומאותה סוגיא דוקא ילפינן דבר זה ומינא מאחר דאיכא סוגייא במרובה דבהרשאת ממון לא מהני אלא קא"ג לחודיה. מכח אותה סוגיא מפרש"י גם הך סוגיא דמרובה דבקנין ממון בעי' אגב ובמטלטלין סגי בק"ס. ומאחר דמרן ז"ל מלא הך סוגייא ברורה לא חש להביא הך סוגיא הואיל ואין ממנה הוכחה ברורה ככ"ל ישוב דעת מרן ז"ל עפ"י מה שפירש כמוהר"א גאליפאפה יצ"ו בכונת דברי מרן ז"ל.

אלא שדברי כמוהר"א גאליפאפה ופירושו לע"ד שגבו מאד וטעה בדבריו בדבר הזה ושגה ברואה שלא שלטו עיניו בסיום דברי מרן ז"ל שאחר שכתב מרן דלהקנות מעות דוקא וכו' סיים עלה וכדברי הרמ"ז שכתב רבינו בסמוך. וכ"כ עיד שם מרן על דברי הרמ"א שהביא הטור ז"ל שזהו כדעת הטור וכתב דמ"ש הטור והרמ"א כתב לא דק כאשר יראה הרואה לשם דנמלא דמרן ס"ל שדברי הטור והרמ"א שוין. והמעיין בדברי הרמ"א שכתב וז"ל והרמ"א כתב שאין לריך להקנות בקנין אג"ק כיון דלאו לאקנויי ליה גופיה דמגונה מכוין אלא יהיב ליה רשותא למתבע דיליה עכ"ל. מדברי הרמ"א הללו נר' דס"ל דאפי' בהרשאת ממון לא בעי' קנין אג"ק אלא סגי בק"ס משום דאם נפרש דבהרשאת מטלטלי' או פקדון קאמר לה דלא בעי' אג"ק מהו זה דקאמר כיון דלאו לאקנויי ליה גופיה דממונא דמשמע דאי הוה מקנה ליה גופא דמטלטלין במתנה לא הוי סגי בק"ס דהא ליתא דמטלטלין ניקנין בחליפין אלא ודאי הדבר פשוט לכל מודה על האמת שפי' דברי הרמ"א היינו לומר דאפי' בהרשאת ממון קאמר דלא בעי קנין אגב דדוקא כשמקנה לו גוף הממון כגון במוכר או נותן הוא דבעי' להקנותם אג"ק אבל במרשה הואיל ואין מקנה לו מאומה אלא רשותא הוא דיהיב ליה אף דהוי הרשאת ממון לא בעי' אג"ק וסגי בק"ס וזה ברור בכונת הרמ"א לכל מבין. אמור מעתה דמאחר שכבר הוכחנו בבירור בכונת הרמ"א דאף בהרשאת ממון ס"ל דלא בעי' ק"ס א"כ עכ"ל ולפרש כונת מרן ז"ל שהשוה דברי הטור והרמב"ם לדברו הרמ"א דמ"ש מרן ז"ל דלהקנות מעות דוקא הוא דבעיי קנין אבל להרשות סגי בק"ס וכדברי הרמ"א על כרחיך לפרש דאפי' בהרשאת מעות קאמר דסגי בק"ס הואיל ודעת הרמ"א כן הוא. והואיל וכן חזרו התמיהות דהני אשלי רברבי ה"ה הגד"ת והכנה"ג ז"ל שתמהו על דברי מרן חזקים כראי מולק ולריכין נגר ובר נגר דלפרקינהו ודברי מוהר"א גאליפאפה ז"ל הרי הוא פורח באויר כי אחר המחילה לא ראה סיום דברי מרן ז"ל שסיים ובדברי הרמ"א ובודאי דאגב חורפיה לא דק שאם היה רואה אותם לא היה כותב ודבר זה אינו לריך עיון רב וכדכתיבנא, ואף גם זאת תמיהה לי על דברי כמוהר"א גאליפאפה במה שסיים בסוף דבריו שמ"ש מרן דלהרשות בק"ס סגי היינו דוקא הרשאת פקדון שאינו בעין או מלוה ע"כ, דמ"ש או מלוה לע"ד הם דברים קשים דהיאך אפשר דבמלוה סגי בק"ס והלא הר"מ ז"ל בו בפרק פסק דבמלוה דאפי' בקא"ג לא מהני הואיל ולהוליאה ניתנה אלא שתקנת הגאונים היא שתקנו דלהני כאשר יראה הרואה. ואיך יעלה על הדעת דבמלוה סגי בק"ס וזה לא אמרו אדם מעולם. ואולי דהרב הנז"ל אזיל לשיטתיה דס"ל בעד רבינו דבמלוה סגי בק"ס והיא שכתב דלא סגי בק"ס במלוה בשטר היא דאפי' בקא"ג לא מהני אך לא בכתיבה ומסירה וכמו שהאריך הרחיב למעניתו לעיל מיניה יע"ש. אכן תמיהות הג"ת והכנה"ג לעד עלמו מאד ולא העלה ארוכה להם.

ומעוצם התמיהות כי רבו על מאור עינינו מרן ז"ל היה נ"ל להלין בעדו על לד הדוחק ולומר דלעולם ס"ל למרן ז"ל בעד הרמב"ם והטור ז"ל דאפי' בהרשאת ממון סגי בק"ס וכדעת הרמ"א דהואיל ואינו אלא נתינת רשות סגי בק"ס ומ"ש הר"מ בו בפרק דין ז' דלהרשאת מעות לא סגי בק"ס אלא בעי קנין אגב לאו בהרשאה בעלמא אלא מיירי כשמקנה לו גוף הממון

או

והוי לאחר מיתה לא הוי תפיסה, ולכן אמרו לו את תופס לב"ח וכו' כלומר הואיל והוי לאחר מיתה לא קנה ואפילו שעשאו שליח אלו הם דברי מר אחי יצ"ו ונאים הדברים. אלא דלי הדיוט קשה לי דא"כ היאך תפסוה רב פפא ורב הונא הואיל והם בעצמם היו יודעים דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני . ולהיות שהנאני תירוץ מר אחי אמרתי ליישב עפ"י דרכו דרב פפא ורב הונא היו טועים בדעתם דהא דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני היינו בתפס השליח דוקא אבל כשתפס המלוה בעצמו אף דהוי תפיסה דלאחר מיתה מהני ולכך תפסוה איגהו שהם היו בעצמם הנושים עד שגער בהם רבה ואמר להם קאקי חיורי וכו' והודיעם דרב נחמן לגמרי קאמר דלא מהני תפיסה דלאחר מיתה ואפי' שתפס המלוה בעצמו וטועים הם בדין ככ"ל ליישב תירוץ מר אחי נר"ו ודוק כי הוא דרך ישר ונכון היטב.

גם את זה ראיתי להב"ח בח"א סי' ק"ה שהלין בעד רש"י ז"ל דמ"ש רש"י דבעשאו שליח דמהני מיירי בעשאו שליח בהרשאה דהוי כאילו הקנה לו גוף קרקע והממון ולא שייך דין תופס לב"ח ולכן בעובדא דיימר בר חשו דלא היה בהרשאה כי אם שליח בעלמא פירש"י דלא קנה זהו תורף דבריו שם יע"ש. ואנכי הרואה להש"ך בסי' הנז' ס"ק א' לא הונח לו דברי הב"ח וקרא עליו ערער מדברי הרא"ש ז"ל ולבסוף עלתה הסכמתו דיש לחלק בין שליח בשכר לשליח בחנם דכשנתן לו שכר על שליחותו לא שייך דין תופס לב"ח זהו תורף דבריו יע"ש. ולי אני הדיוט י"ל אחר המחילה שבין דרך הב"ח ובין דרך הש"ך כל הדרכים בחזקת סכנה. כי כ"ל דמ"ש הרא"ש ז"ל דאפי' שעשאו בהרשאה לא מהני ושייך דין תופס לב"ח העיקר כדבריו וכן כתב רבינו ירוחם בנתיב ו' כנז"ל יע"ש. ועם שדבריהם אינם צריכין חיזוק, מ"מ נראה לי סעד לדבריהם כיהודא ועוד דמדברי רש"י ז"ל יש להוכיח כדבריהם דאפי' בעשאו שליח בהרשאה שייך דין תופס לב"ח דלא קנה. ונפקא לי מסוגייא דקמא דף ע' ע"א בההיא דאמרינן התם אמרי נהרדעי האי אורכתא דלא כתיב בה זיל דון זכי לית ביה מששה וכו' אמר אמימר ואי תפס לא מפקינן מיניה ועיין מ"ש רש"י ז"ל בזה. רב אשי אמר כיון דכתב ליה כל מאי דמתעני לך מן דינה וכו' שליח שוייה וכו' עד והלכתא שליח שוייה. ופרש"י ז"ל על דברי רב אשי דאתא לאפלוגי אאמימר וס"ל דאי תפס מפקינן מיניה. וללישנא קמא אם תפס שליח משל נאמן מפקינן מיניה דהוי כתופס לב"ח זהו כלל דבריו יע"ש. הרי לך דאפי' בבא בהרשאה הואיל ושליח שוייה לדעת רב אשי דהלכתא כותיה ופירש"י דהוי כתופס לב"ח וכו' וזה נר' לי סעד גדול לדברי הרא"ש ורבינו ירוחם דמכאן ראיה ואפי' בבא בהרשאה שייך דין תופס לב"ח. ומינא תברא לדברי הב"ח שכתב דבהרשאה ס"ל לרש"י דמהני דמה יענה לדברי רש"י הנז' דמוכח איפכא. וידעתי נאמנה דיד הדוחה נטויה דאין מזה סקירה למ"ש הב"ח דע"כ לא פירש"י בקמא דהוי כתופס לב"ח אלא דוקא ללישנא קמא דמיירי בדלא כתב ליה זיל דון וזכי דמאחר דלא הקנה לו גוף הממון שייך שפיר דין תופס לב"ח. אבל כל שכתב לו זיל דון וזכי דהוי כמקנה לו גוף הממון גם רש"י ז"ל יסבור דלא שייך דין תופס לב"ח והשתא דברי הב"ח הם בהרשאה עשויה כהוגן וכתחז"ל דכתיב בה זיל דון וזכי. ובזה אין מזה סתירה כלל, ולי אני הדיוט על פניו אוכיחנו דהמעיין היטב יראה שגם בדכתב זיל דון ס"ל לרש"י דשייך דין תופס לב"ח דהא הואיל דבדכתב לו כל מאי דמתעני לך מן דינא מסקינן דשליח שוייה, הרי הוכיח סופו על תחילתו דאין כונתו אלא לעשותו שליח ולא שיזכה בגוף הממון לעצמו דא"כ היאך כתב לו כל מאי דמתעני וכו' אלא ודאי זה יורה דשליח שוייה ומ"ש לו זיל דון אינו אלא כדי שלא יאמר לון לאו בעל דברים דידי את לחודיה ואם רצה לזכות לעצמו אינו יכול מאחר דכתב לו כל מאי דמתעני וכו' דמוכח דאינו אלא שלוחו. אמור מעתה דמאחר דס"ל לרב אשי דאפי' לזכות לעצמו אינו יכול הואיל והוי שלוחו מכ"ש בדאיכא בעלי חובות אחרים והוא בא לתפוס למשלא דלא מהני משום דהואיל והוי שלוחו והוי תופס לב"ח מה יושיענו במ"ש לו זיל דון וכו' מאחר שסופו הוכיח על תחילתו דאינו אלא שלוחו כאמור. אלא ודאי דס"ל לרש"י דאף בדכתב לו זיל דון שייך דין תופס לב"ח והא דנקט רש"י וללישנא קמא וכו' דהוי כתופס לב"ח לאו למימרא דללישנא בתרא דהוי בכתב לו זיל דון וכו' לא שייך דין תופס לב"ח דלעולם לא שנא ואף בדכתב לו זיל דון שייך דין תופס לב"ח וכדאמרן אלא כונתו רצויה דללישנא בתרא מיירי בתפס השליח הממון לעצמו ועיכבו לו דמפקינן מיניה וללישנא קמא מיירי כדתפס מיד הנאמן למשלה דלא שייך למימר דתפסה לעצמו הואיל ולא כתב לו זיל דון וזכי ואפ"ה לא מהני משום דהוי כתופס לב"ח והיינו דאיכא בין התרי לישני אבל לעולם דאף ללישנא בתרא שייך דין תופס לב"ח הואיל וסופו הוכיח על תחילתו דשליח שוייה ולא מהני תפיסתו וזה ברור למעיין. אמור מעתה שדברי הב"ח הם נגד דברי רש"י בעצמו וכעת נפלאו ממני .

ומעתה אחרי שכבר הוכחנו מדברי רש"י דאף בכתב לו הרשאה זיל דון וכו' אפ"ה שייך ביה דין תופס לב"ח מאחר שאינו זוכה לעצמו בגוף הממון ההוא ואינו אלא שלוחו. ממילא נדחה תירוץ הש"ך שתירץ דבשכרו להיות שלוחו דמהני דמה בכך ששכרו סוף סוף מאחר דבגוף הממון ההוא אין לו שום זכייה שייך שפיר דין תופס לב"ח דלא גרע מבא בהרשאה דאפ"ה שייך ביה תופס לב"ח הוא הדין והוא הטעם לומר דאף כששכרו מאחר שאין לו שום זכייה בממון ההוא דשייך ביה שפיר דין תופס לב"ח וזה ברור שתירוץ הש"ך לע"ד לא נהירא לי אחר המחילה רבה.

וטרם בואי למאי דקמן דרך אגב ראיתי לעמוד-בכך סוגיא דקמא הנז"ל בהא דקאמר רב אשי דשליח שוייה וא"ד שותפא שוייה ואסקינן דשליח שוייה, וראיתי דברים קשים שנתקשו הראשונים ז"ל על מרן הב"י בח"מ סי' קכ"ב על דברי הטור שם בסי' ח'. המרשה את חבירו להוציא את שלו מיד המחזיק בו צריך ליקח לו בקנין שהרשהו. וכתב ע"ז מרן הב"י שכ"כ הר"מ ז"ל פ"ג מה' שלוחין. ואפשר דנפקא ליה מדאיפליגו בש"ס אי שליח שוייה או שותפא שוייה וכו' עד וקנין זה היינו קנין סודר וכו' וכן משמע מדברי הר"מ בפ' הנז' דלהקנות מעות דוקא הוא דבעינן קנין אבל להרשאות סגי בק"ס וכדברי הרמ"א שכתב רבינו בסמוך עכ"ל, ועל הדברים הללו קראו תגר שלשת הרועים מוהרש"ך בח"ב סי' ל"ג והכנה"ג בהגאותיו על הב"י אות ח' והש"ך בסי' הנז'. ראשון לציון הרא"ש"ך בסי' הנז' תמה וז"ל יר' דיש לתמוה על הרב וכו' דאם איתא דמ"ש הר"מ דצריך לקנות נפקא ליה מדאיפליגו בגמרא אי שליח שוייה וכו', א"כ לפי דבריו היה מקום להוכיח מהוכחא הנז' דצריך לקנות בקנין אגב דכיון להקנות ממון לא סגי אלא בקנין אגב יע"ש, שהפליג בתמיהה זאת והניחו בתימא. ועוד מ"ש מרן שדעת הרמב"ם כדעת הרמ"א דדוקא להקנות מעות הוא דבעי' קנין אגב אבל להרשות סגי בקנין סודר. תמה הרב גד"ת ז"ל בשער ן' חלק ד' סי' א' דף רנ"ח ע"א דמדברי הרמב"ם משמע להפך דמ"ש ברא"ש הפרק משמע דוקא בקרקע או מטלטלים סגי בק"ס. ואילו בו בפרק דין ז' פסק דלהרשות על המעות לא סגי בק"ס אלא בעי' קנין

אגב

כרגלי מי שנתמלאו לו מיירי בעשאו שליח דהשתא איכא נמי מיגו דזכי ליה זכי נמי לחבריה ובזה היו צודקין דברי רב נחמן אהדדי שהרי שם בהך סוגיא דמשילין דף ל"ט ע"א לפום אוקמתא קמייתא דהוה בעי תלמודא לאוקומי פלוגתייהו דרב נחמן ורב ששת דרב נחמן סבר בירא דשותפא הוא פירש"י ז"ל ד"ה ורב נחמן וכו' וכשאמר זה לחבירו למלאות לו מחלקו והלך בשליחותו נעשה שלוחו ואין זה מגביה מציאה עכ"ד יע"ש. אמור מעתה דאף למסקנא דמסיק התם דכ"ע בירא דהפקרא ובמגביה מציאה לחבירו פליגי הי"ל לרש"י ז"ל לתרץ דמיירי נמי בעשאו שליח הילכך קאמר רב נחמן דקנה והיא דמציעא מיירי בלא עשאו שליח היא ובזה מתורצין דברי רב נחמן ומה לו לרש"י לידחק בשינויי דחיקי. ואל תשיבני דלפום אוקמתא בתרייתא לא מצינא לאוקומיה בעשאו שליח דהואיל דהוי הפקר לא שייך לעשות שליח דבשלמא לפי אוקמתא דהוי בירא דשותפי שייך שליחות ולא בהפקר, דהא ליתא דהא בהדיא במציעא בהמגביה מציאה דהוי הפקר ופי' רש"י דלא קנה מפני שלא עשאו שליח ומשמע דהא בעשאו שליח קנה ואפי' דהוי הפקר שייך שליחות ומיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה א"כ אנו נאמר בההיא דסוף פ' משילין דאף דהוי הפקרא טעמא דקנה משום דשוייה שליח ואיכא מיגו ובזה מיתוקמו דברי רב נחמן אהדדי ומה צורך לרש"י ז"ל לידחק בשינויי דחיקי. אמור מעתה שתירוץ כללי המיגי במה שהעלה לדעת רש"י ז"ל לכאורה מגומגם הוא והיכא למשדי ביה נרגא וצל"ת.

ולעיקר התמיהה שתמהו כולם על מאור עינינו רש"י ז"ל מהך עובדא דיימר בר חשו דמוכח איפכא שהיא תמיהה רבתי רגע אדבר לעמוד פרקליט לרש"י ז"ל להסיר התמיהה לפקע"ד. והוא ממה שפירש"י בהך סוגיא דבילה ליישב דברי רב נחמן אהדדי דמהך סוגיא דקאמר דקנה, ואילו במציעא קאמר דלא קנה. ותירץ רש"י דע"כ לא קאמר רב נחמן דלא קנה אלא כשהם ביד התופס אבל כשמסרם ביד הבעלים ס"ל דקנה והכא דקאמר רב נחמן דקנה מיירי כשמסרם ביד הבעלים ורב ששת ס"ל דאפי' שמסרם אפ"ה הם כרגלי הממלא הואיל והוא זכה בהם זהו תורף דברי רש"י ז"ל שם בבילה יע"ש. ולדידי חזי לי לדעת רש"י דהא דקאמר רב נחמן דקנה כשמסרם ביד הבעלים דוקא כשעשאו שליח לזכות בשבילו, וזכה בעדו ומסרם ביד הבעלים אז הוא דקאמר רב נחמן דקנה אבל כל שלא עשאו שליח מתחילה לזכות בעדו אפי' שמסרם בידו מודה רב נחמן לרב ששת דלא קנה אלא הרי הם כרגלי הממלא. והכרח לזה הוא כי היכי דלא להוי פלוגתייהו דרב נחמן ורב ששת מן הקצה אל הקצה דאי אמרת דמאי דקאמר רב נחמן דקנה מיירי כשמסרם ביד הבעלים ואפילו שלא עשאו שליח מתחילה לכך. א"כ נמצא דרב ששת פליג עליה מן הקצה אל הקצה וס"ל דאפי' היכא דשייך שליח כגון תופס לב"ח ואיכא נמי מסירה שמסרם ביד המשלח לא קנה. ואילו לרב נחמן אפי' שלא עשאו שליח לזכות בעדו כל שמסרם בידו ס"ל דקנה והא ודאי הוי לפושי פלוגתא ולא מפשינן אלא ודאי צ"ל דבהא פליגי רב נחמן ורב ששת דרב נחמן ס"ל דהא דקנה מיירי כשעשאו שליח ומסרם נמי בידו דס"ל לרב נחמן דאף בהפקר שייך שליחות וכדמוכח מדברי רש"י במציעא על דברי רב נחמן דקאמר במגביה מציאה וכו' דלא קנה דמיירי בשלא עשאו שליח. מוכח מיניה להדיא דאף במידי דהפקר כגון מציאה ס"ל לרב נחמן דשייך שליחות הלכך הכא דקאמר כרגלי מי שנתמלאו לו דס"ל לרב נחמן דקנה מיירי בדאיכא תרתי שליחות ומסירה, אבל לעולם היכא דליכא אלא חדא מינייהו או שליחות או מסירה גם רב נחמן אזיל ומודה לרב ששת דלא קנה. ורב ששת ע"כ לא קאמר דלא קנה אלא הם כרגלי הממלא היינו דוקא במציאה או בבור שהם מידי דהפקר דס"ל דבמידי דהפקר לא שייך בזה שליחות וכדמוכח מדברי רש"י ז"ל שם במשילין באוקמתא קמייתא דאוקמינן דרב ששת סבר דהוי בירא דהפקרא כאשר יראה הרואה שם בדברי רש"י דמעיין היטב הלכך ס"ל לרב ששת דלא קנה משום דלא שייך שליחות וליכא אלא חדא דהוי מסירה בלחוד ולא קנה, אבל לעולם דהיכא דשייך שליחות כגון תופס לב"ח או גם מסרו דאיכא תרתי אזיל ומודה לס' רב נחמן דקנה אלא דרב ששת ס"ל דלא שייך שליחות במידי דהפקר וליכא אלא מסירה בלחוד הלכך קאמר דהוי כרגלי הממלא. ורב נחמן ס"ל דגם דמידי דהפקר שייך שליחות הלכך קאמר כרגלי מי שנתמלאו לו ובדאיכא נמי מסירה דהוו תרתי לטיבותא. ונמצאו דברי רש"י סובבים הולכים עפ"י מ"ש באוקמתא קמייתא דאוקי התם דס"ל לרב נחמן דהוי בירא דשותפי ופירש"י עליו דמיירי בעשאו שליח כאשר יראה הרואה לשם כמו כן צ"ל לפרש דבריו אף לאוקמת' בתרייתא דמוקי לה בבירא דהפקרא, ומאי דקאמר רב נחמן דקנה מיירי בעשאו שליח ומסרם גם כן בידו וכדאמרן ונמצאו כללן של דברים לפום מאי דכתיבנא דרב נחמן ס"ל דדוקא בדאיכא תרתי חדא דעשאו שליח ועוד דמסרם בידו הוא דקנה, הא בדליכא אלא חדא, מינייהו ס"ל לרב נחמן דלא קנה. ועפ"י זה צ"ל דמה שפי' רש"י במציעא בדברי רב נחמן בהמגביה מציאה דלא קנה דהוי כתופס לב"ח וכו' דלא קנה כשלא עשאו שליח דדייקינן מיניה דבעשאו שליח קנה היינו בדאיכא תרתי דמלבד שעשאו שליח אלא שמסרם ליד מי שזכה בשבילו אבל כל שלא מסרם בידו אפי' שעשאו שליח לא קנה והא דנקט רש"י ז"ל דטעמא הוי משום שלא עשאו שליח לאו למימרא דבשליחות לחוד קנה אלא תרתי בעינן כדאמרן. אלא דרש"י ז"ל לרבותא נקטיה להשמיענו דכל שלא עשאו שליח אפי' שלא מסרם בידו לא קנה. וה"ה נמי בעשאו שליח ולא מסרם ביד מי שזכה בעדו אלא הם עדיין ביד השליח דלא קנה וכמ"ש רש"י בסוגיא דמשילין, ונמצא שדעת רש"י ז"ל דהתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אלא דוקא בדאיכא תרתי לטיבותא. חדא שעשאו שליח לזכות בעדו שנית שמסרם ליד מי שזכה לו. אבל בחדא מינייהו כגון שעשאו שליח ועדיין לא מסרם או כשמסרם ולא עשאו שליח לא קנה, אמור מעתה עפ"י היסוד זה דתו לא קשיא על רש"י כלל מהך עובדא דיימר בר חשו דהתם איברא דעשאו שליח אבל האדרכתא עדיין היתה ביד השליח ולא מסרה. הלכך כתב רש"י דלא קנה ואפי' שעשאו שליח ועפ"י זה מדוייק לישנא דתלמודא התם בהכותב דאמרו ליה את תופס לב"ח כונתם בזה לומר דבשלמא אם לאחר התפיסה היית מוסרו ליד הנושה ודאי דקנה, אבל את שעדיין האדרכתא בידך ולא מסרתו ביד הנושה הא ודאי דלא קנה מטעם דהוי תופס לב"ח וגו' דלענין קנייה תרתי בעינן כדבר האמור כנ"ל ישוב דעת רש"י ז"ל למעיין היטב. ועיין בפ"מ ח"ב סי' ל"ה שהעלה דבמסרו לידו תו ליכא משום תופס לב"ח.

ומר אחי יפת הגדול ישב דעת רש"י ז"ל באופן אחר דלעולם קושטא הוי כמ"ש רש"י ז"ל במציעא דטעמא דתופס לב"ח דלא קנה הוי משום שלא עשאו שליח אבל בעשאו שליח קנה מיהו היינו דוקא כשתפס בחיי הלוה דתפיסתו תפיסה אבל בהך עובדא דיימר בר חשו טעמא דלא קנה אפי' שעשאו שליח היינו משום שמת הלוה והויא תפיסה דלאחר מיתה ואסקינן התם דאפי' אם תפס המלוה בעצמו דלא קנה דהלכה כרב נחמן דס"ל דדוקא כשתפס מחיים הלכך גם שלוחו לא קנה דלא אלים מהמלוה גופיה דאף אם תפס הוא בעצמו הואיל

והוי

ועוד דהוי תופס וכו' אינם דברי מוהר"ם אלא סברא דנפשיה דרבינו ירוחם אכתי מאי קמתמה דמי גילה לו רז זה דרבינו ירוחם יסבור כפי' רש"י כדי לתמוה עליו דאעיקרא על הראשון אדם מאור עינינו רש"י ז"ל אנו מלמעלים מהך עובדא דיימר בר חשו דמוכח איפכא אלא שהרב הנז' בא לחלוק עלינו את השוים הוא רבינו ירוחם דמנ"ל דיסבור כפירש"י ולא עוד אלא שדבריו ברור מללו דמוכח דינו מהאי דהכותב ואין לומר דיסבור דהאי דהכותב מיירי בשליחות דעלמא הלכך לא מהני אבל בשליח הבא בהרשאה יסבור הרב דלא שייך בזה דין תופס לב"ח וכדבעינן למימר לקמן דס"ד דאיכא מאן דס"ל הכי דגם בזה אין שום תימה. חדא דמי גילה לו דעובדא דרבינו י' ותם מיירי בהרשאה כי אדרבא סתמות דבריו משמע דבשליחות בעלמא היא מדמייתי ראיה מהאי דכתובות. ועוד דאף אם נאמר דהוי בהרשאה אין שום קושי על רבינו ירוחם כלל כי אתה תחזה לרבינו ירוחם גופיה בנתיב ו' ח"ז שכתב וז"ל התופס לב"ח במקום שחב לאחרים פי' ואפי' בהרשאה שעשאו שליח וכו' עד ורש"י כתב דאם עשאו שליח דקנה וראשון עיקר וכו' מעתה ומעכשיו אשר עיני בשר לו יגדל תמיהתו על תמיהת מוהר"י איסקאפה כי אחר המחילה הרי הוא כמגדל הפורח באויר ותמיהתו על רבינו ירוחם אין לה קיום והעמדה אחרי ראות דפליג על רש"י ז"ל ולכן אמרתי אני אל לבי לתת מקום לתמיהתו עפ"י דברי הרב בעה"ת הנז"ל דשמא יסבור הוא בעד רבינו ירוחם דע"כ לא קאמר דשייך דין התופס לב"ח ואפי' בעשאו שליח בהרשאה אלא דוקא כגון ההוא עובדא דארבא דלא שייכא בה תפיסה הלכך לא מהני בה שליחות אפי' בהרשאה אבל בשאר מטלטלין מהני שליחות וכדברי הבעה"ת. הלכך יש מקום לתמיהתו על רבינו ירוחם דמאחר דבנדון ההוא היה שאר מטלטלין דהיינו יין מהני בהו תפיסה מאחר שעשאו שליח וא"כ היאך פסק דלא מהני כנלע"ד להלין בעד מוהר"י איסקאפה ז"ל לקיום תמיהתו כי רב הוא כי היכי דלא להוי טועה בדבר מ"ש חלילה. ולתמיהה האחרת אשר תמה על רבינו ירוחם דמאחר דדיניה כדין תופס לב"ח הי"ל דיחלוקו ביניהם לזה אני אומר דהא נמי לא קשיא בשלמא אם עדיין היה היין ביד השליח ועליו היו דנים דלא מהניא תפיסתו אז ודאי שורת הדין נותנת כמ"ש הוא דיחלוקו בין ראובן ושמעון. אבל בנדון רבינו ירוחם היה אחר שנטל היין שמעון שהוא הב"ח אחר וא"כ תו לא שייך לומר יחלוקו כי ב"ח שתפס מעצמו לא מפקינן מיניה וזה ברור ופשוט מפי סופרים ומפי ספרים לא ניתן לישאל. סוף דבר דברי מוהר"י איסקאפא נפלאו בעיני.

ובכן אשובה אניף ידי למה שראיתי מיישבים דעת רש"י ז"ל להסיר מעליו התלונות וראיתי למוהרשד"ם ז"ל בא"ה סי' קס"ד הרבה להשיב לדעת רש"י. ושני תירוצים נאמרו שם כאשר יראה הרואה לשם ועל שניהם קרא תגר בעל כללי המיגו בס' בית הלוי באופן תשיעי דף ל"ו כאשר עיני הרואה המה יביטו יראו, ועל תירוצו שני קרא עליו ערער מהסוגיא דגיטין דמוכח מינה דאף בידע השליח אפי' הכי אמרינן התופס לב"ח. ולעד"ן להלין בעד מיהרשד"ם דגם הרב ז"ל דעתו כן דאף בידע השליח לדעת רש"י ז"ל לא מהני כל שלא עשאו שליח בעדים וכתירוצו הראשון. אלא דלפי תירוצו הב' בא לומר דהתם בעובדא דיימר בר חשו איכא תרתי לריעותא חדא דלא ידע השליח שהיו לו ב"ח אחרים כדמוכח ממאמר את תופס לב"ח. ועוד דלא היה שליח בעדים, ולעולם דאה"נ דבידע השליח נמי לא מהני אלא בעשאו שליח בעדים וכל עצמו בתירוץ השני לא בא לומר אלא דהתם הוו תרתי לריעותא ולהטעים דברי הש"ס את תופס לב"ח, ולדידי מוכרח הדבר כן בדברי מוהרשד"ם לפרשם כן דאי לאו הכי אלא שכוונתו היא לומר דבידיעת השליח הדבר תלוי והתם הוי משום שלא ידע תיקשי ליה מפירש"י שם בהכותב על הא דהתופס לב"ה שפי' רש"י עצמו שליח הבא לתפוס וכו' דאלמא דאף בידיעות השליח נמי ס"ל לרש"י דלא קנה וזה הפך ממוהרשד"ם ז"ל כי ע"כ נ"ל כונת מוהרשד"ם דלעולם אשינויא קמא הוא דסמך דשאני ליה בין שליח שעשאו בעדים ללא עשאו בעדים וכל עצמו בתירוץ השני לא בא אלא ליישב דברי הש"ס וכדאמרן כנ"ל בכונת מוהרשד"ם ז"ל ומה שערער עליו הרב הנז' על תירוץ הראשון ממה שפי' רש"י בעלמי במליעא אמת שפשט הדברים מוכחו כן. מיהו לפי ישוב מוהרשד"ם נ"ל דס"ל לרש"י דכל שלא עשאו בעדים חשיב כאדם הבא מאליו דשוין הם אבל בעשאו בעדים מהני. ומ"ש רש"י מאחר שלא עשה אותו שליח פי' בעדים. כן נר' לפ' דברי רש"י לדעת מוהרשד"ם ושבקיה לקרא דדחיק ומוקי אנפשיה. איברא דבדברי מוהרשד"ם בסי' הנז' במה שהעלה לנ"ד דמהני תפיסת השליח במה שתפס למזונות דלא שייך ביה דין תופס לב"ח בענין המזונות הואיל ובלאו הכי היורשים חייבים במזונותיה ונסתייע בזה מדברי הריב"ש ז"ל בסי' ק"ז שחילק כך יע"ש באורך. ואללי לפקע"ד דבריו קשים כי רואה אנכי כי מרן הקדוש בתשו' בדיני גבית כתובה סי' ה' נשאל על אלמנה שתפסה למזונותיה והיורשין תובעין ממנה מה שתפסה והשיב ששה דברים בתפיסה והג' היא דאם היתה ע"י שליח לא מהני דהו"ל תופס לב"ח וכו' דאפילו עשאו שליח לא מהני, ומיי בה מההיא דיימר בר חשו יע"ש. ובנדון מוהריק"א לפי הנראה שם ממ"ש בסוף התשו' דלענין מזונות היא ואפ"ה העלה מוהריק"א דכל שהתפיסה היתה על שליח לא מהני, וא"כ היאך מוהרשד"ם העלה דלענין מזונות אפי' דהוי ע"י שליח דמהני ולא שייך דין תופס לב"ח הפך דברי הגאון מוהריק"א ז"ל אשר מימיו אנו שותים, ולכן לבי אומר לי דבימי מוהרשד"ם לא עלו על מזבח הדפוס תשו' מוהריק"א ובריר לי שאם היה רואה אותם לא היה חולק עליו וכההיא שאמר לא שמיע ליה מהדר קא מהדר ביה, ועיין בס' נתיבות משפט דף ס"ח ע"ב שהשיג כן בדברי מוהרשד"ם יע"ש.

וחזון הוית להרב מוהר"י הלוי בכללי המיגו דף הנז"ל הרבה ליישב דברי רש"י ז"ל דלא קשיין אהדדי ותורף דבריו דרך קלרה דמ"ש רש"י במליעא דתופס לב"ח לא קנה בשלא עשאו שליח דמשמע דאם עשאו שליח דקנה היינו דוקא כשאותו הלוה חייב ג"כ מעות לשליח מטעם דמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה דומיא דהמגביה מציאה לחבירו דאיכא האי מיגו וכמ"ש שם התו' ז"ל לדעת ר' יוחנן, משא"כ בעובדא דיימר בר חשו דלא היה הלוה חייב לשליח כלל דהשתא לא שייך מיגו הילכך פי' רש"י דאפי' בעשאו שליח לא קנה משום דליכא מיגו זהו תורף דבריו יע"ש באורך. ואני הלעיר אחר המחילה רבה מכת"ר גמגומי דברים יש לי עליו כי עינינו ראו לרבותינו בעלי התו' שם במליעא ד"ה רב נחמן ורב חסדא וכו' הוקשה להם דברי רב נחמן דאילו הכא קאמר רב נחמן דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ואילו מסוגיא דבילה סוף פ' משילין דקאמר רב נחמן כרגלי מי שנתמלאו לו מוכח איפכא. ואתה תחזה לרש"י ז"ל שם בבילה הוקשה בעיניו הני תרי סוגיי ומכח זה שיבש הגירסא יע"ש. ואם איתא כדברי מהר"י הלוי בישובו מאי קא קשיא לרש"י ולמה הוצרך לשינויי דחיקי הי"ל לתרץ דלא קשו דברי רב נחמן אהדדי דהתם במליע' דקאמר לא קנה מיירי בדלא עשאו שליח הילכך אמר ל"ק ואילו ההיא דפ' משילין דקאמר רב נחמן דקנה דהוי

כרגלי

תשו' הרא"ש הנז' אהדדי וגם על מרן הב"י יקשו השתי תשו' הרא"ש וצל"ע אמאי לא נרגש מהם מרן ז"ל והעיקר נ"ל כמ"ש הב"ח.

הזרנו למאי דאתינא עלה למילף מהכא דהרי מלינו לענין כ"מ שהבעל אין לו אלא פירות בלחוד וגוף הקרקע הוא לאשה דהפירות חשיבי דבר מועט לגבי חלק האשה. ואפ"ה אמרינן שדן על הכל בלי הרשאה במיגו דנחית אפירי נחית אכוליה. וגדולה מזו למדנו מדברי הרא"ש הנז' דאף דהפירות ליתנהו בעולם דן בלא הרשאה במיגו ולא אמרינן דהוי מיגו גרוע. מכאן נ"ל דמות ראיה לדעת מרן ז"ל במ"ש דכל שחייב כתופס אפי' שאינו כשיעור החוב דשייך שפיר לומר מיגו דזכי לנפשיה במקצת זכי לאחריני בכולהו וכן יש לדמותו להחיא דאמרינן בקמא דף ע' האי אורכתא דלא כתיב בה זיל דון וזכי לית ביה משמא ואי כתב לו לשליש ולרביע מיגו דמשתפי אפלגא משתפי אכוליה. והרואה יראה שם במאי דאסיקנא דכיון דכתב ליה כל מאי דמתעני מן דינא וכו' שליח שוייה ופירש"י עלה דאתא לאפלוגי אאמימר וס"ל דאי תפס מפקינן מיניה וללישנא קמא אם תפס שליח משל נאמן מפקינן מיניה דהוי כתופס לב"ח וזהו כלל דברי רש"י יע"ש, וכיוצא בזה כתב הנמק"י שם יע"ש. הרי דללישנא קמא דמיירי בדלא כתב לו זיל דון כאשר יראה הרואה לשם פליג רב אשי וס"ל דמפקינן מיניה הואיל ושליח שוייה הוי כתופס לב"ח. משמע הא בכתב ליה זיל דון הו לא שייך דין תופס לב"ח ולא מפקינן מיניה. ומינה דכ"ש בדכתב ליה לשליש ולרביע דאיכא תרתי לטיבותא דהרי כתב לו זיל דון, ועוד שהקנה לו שליש או רביע דתו לא שייך דין תופס לב"ח במיגו דמשתפי אפלגא וכל זה ברור בדעת רש"י ז"ל למעיין, הרי לך דהתם אין לו כי אם שליש או רביע מהחוב ואפ"ה אמרינן מיגו ותו לא הוי חב לאחרים, ומכאן ראיה לדעת מרן ז"ל דס"ל שאפי' שחוב התופס הוא סך מועט דמהני במיגו ולא שייך דין חב לאחרים כנ"ל שעד לדינו של מרן ז"ל לפקע"ד. ועוד לאלוק' מילין בהך סוגייא דקמן כאשר אבאר לקמן בס"ד.

תבנא לדינא לדון בנ"ד שהרי מלינו לראש המדברים ראש לגולת אריאל הוא מרן הקדוש ז"ל שהעלה להלכה ולמעשה דכל שחייב לתופס אפי' שהוא סך מועט דזכה במיגו, והגם שחלקו כנגדו, מ"מ העומדים בסברת מרן רבו על החולקים רוב בנין ורוב מנין ה"ה הש"ך בסי' ק"ה שהסכימה דעתו כן וחלק על הסמ"ע ודעימיה וסתר ראיותיהם והביא סעד לתומכו. והג"ת דף סנ"ע החזיק דברי מרן יע"ש. והרב כללי המיגו הביא סעד לדבריו והעלה כן להלכה ולמעשה כנז"ל ומכת הקודמין הוא מוהר"ש בתשו' סוף סי' ס"ז נראה שדעתו מסכמת כן. ומוהרשד"ם בח"מ סי' שפ"א הסכים כן יע"ש, והרב פ"מ בח"א סי' ל"ה העלה כדעת מרן להלכה ולמעשה יע"ש, ומאחר עלות דרובא דרבוותא גדולי הפוסקים רובא דמנכר הסכימה דעתם להלכה ולמעשה כדעת מרן ז"ל.

הנה כי כן דן אנכי בנ"ד שתפיסת לוי הוי תפיסה הואיל ואיכא מיגו, והמעוררין כנגדו בטענתם זו בטלים הם ברוב האחרונים שהסכימו כמו שהעלינו אש על שמו ואין כח בידם להוציא מיד לוי והוראת ב"ד הצדק תכריע ויפה דנו ויפה זיכו וה' עמהם שהלכה כמותם.

ומה שטענו עוד דהואיל ואין חוב שללוי מצד הבעל אלא מצד האלמנה אכתי שייך דין חב לאחרים. ולא ידעתי מי גילה להם רז זה דמה בכך הלא כל הנכסים בחזקתה לשעבוד כתובתה. והואיל ומתנתה קיימת כמו שהוכחנו בחלק הראשון הרי כחה ככח בעלה ושייך שפיר מיגו ומנ"ל לחלק ביניהם ס' הכרם דלדידי אין חילוק ביניהם. ועוד דהגם דיהבינן להו טעותייהו בנ"ד נ"ל דאין בטענתם זו ממש. דנ"ל דבנ"ד לא שייך דין תופס לב"ח לכ"ע וכאשר אבאר בס"ד, ואתנהלה לאטי בעטי בדין תופס לב"ח כיד ה' הטובה לברר דין זה.

ואבוא אל החלק השלישי בדין תופס לב"ח וה' לי בעוזרי, גמרא ערוכה בפי כל בבמה דוכתין בגיטין פ"ק ובמסכת כתובות פ"ט ובפרק קמא דמציעא התופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא קנה והלכה רווחת בישראל. אמנם עינינו הרואות מחלוקת ישנה בין מאור עינינו רש"י ז"ל והראשונים ז"ל אם דין תופס לב"ח נאמר אף בשליח או לא. דמדברי רש"י לפי מה שפי' בפ"ק דמציעא מוכח דכל שעשאו שליח תו לא שייך דין חב לאחרים. ורבים ועצומים יצאו לקראתו חלוצי צבא ומקהו אקהתא לחלוק עליו רבותינו בעלי התו' ואחריהם כל ישרי לב. ואילייהו מעובדא דיימר בר חשו דכתובות דמוכח מינה דבעשאו שליח לא מהני וביותר פליאה נשגבה על רש"י ז"ל מיניה וביה דבהך עובדא דיימר בר חשו פרש"י גופיה דאף בעשאו שליח לא מהני, ורובא דרובא יצאו נצבים מלילי יושר על מאור עינינו רש"י ז"ל להעמיד ולקיים דבריו כאשר יראה הרואה הלא בספרתם.

ואני בעניי רגע אדבר בהשג יד עני כמוני ליקוטי בתר ליקוטי, ואומר הנה זה ילא ראשונה הרב התרומות שער ס"ו ח"ב סי' ב' ז"ל ואיכא דפליגי ומתרלי הכיא דארבא לאו ראיה היא דארבא שאני דאין הדבר מוחזק ביד התופס וכו' עד אבל בשאר מטלטלי מהניא עכ"ל יע"ש. ורואה אנכי שתירוצו זה אי אפשר לישב בזה דברי רש"י ז"ל. וגם הרב התרומות לא נתכון בזה להלין על רש"י ז"ל זולתי באיכא דפליגי הוא דקאמר לה ולא ליתובי דברי רש"י. וממה שיורה ע"ז שהרי רש"י ז"ל בעובדא דיימר בר חשו דפ' הכותב פי' להדיא שליח התופס מטלטלין של לוי וכו' ואם איתא הו"ל שליח התופס ארבא ומדנקט מטלטלין זה יורה דלא שאני ליה בין ארבא למטלט' וס"ל דבכולם לא קנה אף בעשאו שליח. מיהו עפ"י חילוק זה אשכחנא פתרי למאי דתמיהה לי במה שעיני ראו ולא זר דברים תמוהים שפלטתן קולמוס שלא מדעת להרב הגדול מוהר"י איסקאפה ז"ל הובאו דבריו בשו"ת בני אהרן סי' י"ד עמ"ש רבינו ירוחם במישרים נתיב כ"ב על ראובן ששלח שלוחו ליקח לו יין מן הגוי בחובו וכן עשה וכו' וכאשר הביאו לעיר נתנו לשמעון שהיה חייב לו וכו' כתב רבינו מאיר בתשו' דאין שליחות לגוי כמ"ש למעלה ועוד דהו"ל שליח תופס לב"ח במקום שחב לאחרים אע"ג דאמר ליה זיל תפוס לי כדמשמע בפ' הכותב ע"כ. ותמה עליו הרב הנז' ז"ל ואעפ"י שבטעם השני שכתב יש לי לדון עליו דכתב ועוד דהו"ל שליח תופס לב"ח וכו' דמנא ליה דאין עוד מעות וכו' ועוד התפיסה דהכא אי הוי חב לאחרים הו"ל לתת לזה החצי ולזה החצי. ועוד דנראה דאין לומר תופס לב"ח וכו' אלא כשתופס מעצמו בלי שליחות בעל הדבר אבל הכא שעשאו ראובן שליח הו"ל שלוחו של אדם כמותו והו"ל כאילו תפס הוא עצמו עכ"ל הצריך לנו והניתו בתימא. ואני בעניי גברא רבא חזינא ותיובתא לא חזינא במה שתמה דלא אמרינן תופס לב"ח וכו' אלא כשלא עשאו שליח וכו' דהא סיים מוהר"ם דבריו אע"ג דא"ל זיל תפוס כדמשמע בפ' הכותב ע"כ. והא עובדא דיימר בר חשו בעשאו שליח הוא ואפי"ה לא קנה. ועוד דהרי רבינו מאיר גופיה בתשו' הגדולות סי' קכ"ד כתב וז"ל תופס לב"ח וכו' מכאן משמע אעפ"י שעשאו שליח כי הכא דא"ל זיל תפסה ולא כפירש"י בפ"ק דמליעא ע"כ, אמור מעתה מאי קמתמה עליו ואף אם נאמר שהדברים הללו שכתב רבינו ירוחם במעמא השני

ועוד

היא לעצמה אלא ודאי כ"ל שכונת ראיתם היא להא מלתא להורות לנו שכל שהבעל מסתלק מהמתנה ההיא לגמרי יש לה יד לזכות וראיה לזה מההיא דפ' חזקת דהגם שאינה רשאה למכור וליתן ולהכי חשיב ידו כידה לענין גיטין הרי מלינו דלענין הפירות שהבעל מסתלק מהם לגמרי דיש לה יד לזכות מבעלה לענין אכילת הפירות. והואיל ולמדנו משם דמה שהבעל מסתלק יש לה יד לזכות, מינה ילפינן גבי עירוב דמסתלק הבעל מכל וכל בין מגוף ובין מהפירות ונותנה לאחרים לגמרי דהואיל ומסתלק הבעל לגמרי יש לה יד לזכות כי היכי דאשכחן דזוכה בפירות ע"י סילוק הבעל ה"נ דכותה. והגם דאינה יכולה למכור וליתן ולהכי חשיב חלר דידיה לענין גיטין שאני התם דאכילת הפירות אינה מעלה ומורדת והכל תלוי במכירה ונתינה וכל שאם מכרה או נתנה בטל לא מיקרי חלרה לענין גיטין, אבל שמעינן מינה דבאכילת פירות יש לה יד לזכות ע"י סילוק הבעל. ומינה דגבי עירוב דמסתלק הבעל לגמרי וכונתו ליתנו לאחרים דמלי זכיה ולא חשיב ידו כידה, כנ"ל ביאור דבריהם ז"ל, למדקדק היטב בהם ובזה אין שום תימא עליהם כלל, עד כה ראיתי לשאת ולתת דרך אגב בפי' הך שמעתתא לפי הנר' לקע"ד.

ומעתה אשובה אניף ידי למאי דאתינא על הראיה שהביא הרב כללי דמיגו מהך שמעתתא להחזיק סברת הגאון ז"ל במ"ש דמיגו דזכי לנפשיה וכו' כנז"ל. דלע"ד איכא למשדי בה נרגא ואכתי יד הדוחה נטויה דלא דמי דיש לחלק ביניהם. והוא דהלא ידעת דשיעור השיתוף ושיעור העירוב א' הם ושיערו חז"ל י"ח גרוגרות וכשהם מיעטים גרוגרת לכל אחד ואחד. ואף כשהם רבים מאה או מאתים שיערו רבותינו הי"ח גרוגרות שהם מזון שתי סעודות דכשהם רבים פלגינן הי"ח גרוגרות ביניהם עד שיבא רביע גרוגרת לכל א' או פחות באופן דלכל אחד יש לו חלק ברור בי"ח גרוגרות לפי הנמנים בעירוב (ו רבים או מועטים הכי נמי נחלקים הי"ח גרוגרות לכל א' וא', ונמלא שנתנו קלבה חז"ל י"ח גרוגרות ומעתה יש לדחות דשאני בההיא דעירוב דאמרינן מיגו היינו משום מיגו דזוכה בכל החלק לעצמה דרך משל כשהם שלשה דלריך שלש גרוגרות וכשהיא באה לזכות בכל גרוגרת מהם לכל א' מהשלשה שייך מיגו שפיר, מיגו דאי בעיא זכיה בגרוגרת ההיא לעצמה בכולה זוכה נמי לכל אחד ואחד משלשתם ע"י המיגו וכשהם מאה או יותר דפלגינן הי"ח גרוגרות ביניהם באופן שיגיע דוקא מהגרוגרת לכל א' מהם והלכך כשהיא באה לזכות בעדם איכא מיגו בכל א' שזוכה בעדו אמרינן מיגו דיכולה היא לזכות בכל החלק ההוא לעצמה זכיה נמי לאחר בחלק ההוא, הא למה הדבר דומה לא' שחייב לעשרה בני אדם או יותר ומיהו חמשה מהם חובם שוה מנה לכל א' וגם לתופס חייב לו מנה כמוהו דהשתא אם בא התופס לזכות בעד אלו החמשה שחובם שוה לא הוי חב לאחרים דהואיל וחייב גם לו מנה. נמלא דבכל מנה מחמשתן שבא לזכות בעדו איכא מיגו דאי בעי זכי במיא ההוא בשביל חובו זוכה לאחר במנה ההוא. כמו כן דמנה ההיא דעירוב הואיל ונתנו קלבה י"ח גרוגרות. אבל כשחובו מנה ותופס אלף בעד חבירו במקום שחב לאחרים הא ודאי דלא שייך מיגו מאחר שאין חובו אלא מנה. וא"כ אין ראיתו מכרעת מההיא דעירובין דשאני התם הואיל ואיכא קלבה הרי חלק כל אחד ברור המגיע לו ואז שייך מיגו שפיר בכל חלק וחלק וכדאמרן, וא"כ אין הנדון דומה לראיה דאיכא למידחי כדכתיבנא.

ואנא הוא עבדא דסגידנא קמיה מרן ז"ל ומקמי דיקר אורייתיה כ"ל להכריע כדעת מרן ז"ל הגם כי אין תלמיד מכריע כ"ש פחות שבערכין כמוני, ומה גם שדברי מרן הקדוש חזקים כראוי מולק וכל דבריו אמת ולדק כאשר ה' עמו שהלכה כמותו בכל מקום ולא לריכה לי ולמטלעתי, מ"מ אמינא בתר דלאיכנא עפרא מתותיה ואתינא כנגס ע"ג אדם הגדול שבענקים הוא מרן ז"ל דלדידי חזי לי דמות ראיה לדברי מרן ז"ל מההיא שפסק הטא"ה סי' פ"ה ובח"מ סי' קכ"ב בבעל שיש לו פירות בנכסי אשתו שיכול לדון על נכסי אשתו שיש לה ביד אחרים מבלי הרשאה ולא מלי אידך לומר לאו בעל דברים דידי את משום דמיגו דמשתעי דינא אפירי משתעי אכולהו נכסי והוא תלמוד ערוך בגיטין ס"פ השולח יע"ש.

ודרך אגב רגע אדבר בדין זה לברר דעת הרא"ש ז"ל כי הנה הטור בח"מ סי' הנז' רמז ט"ו וי"ו הביא דין הש"ס הנז' דבדאית ליה פירי דן בלי הרשאה במיגו והביא תשו' אביו הרא"ש ז"ל דכלל ל"ח סי' א' ואחריה כתב. ז"ל אבל רב האיי גאון כתב שאינו יכול לדון בלא הרשאה אלא כשיש בקרקע עלמו פירות אבל אין בו פירות לריך הרשאה, הרואה יראה ולבבו יבין דהבין בדעת הרא"ש בתשו' הנז' דחלוק על ס' רב האיי גאון וס"ל דאף דליכא פירות כל שראוי לימכר וליקח בו קרקע ולאכול פירות מלי לדון בלי הרשאה. ובאמת שפשט דברי הרא"ש בתשו' הנז' מורין נן שדעתו הפך מרב האיי יע"ש.

ותמיהה לי תשו' אחרת להרא"ש בכלל מ' סי' א' הסותרת לזו שנשאל בענין הבובת שיש לו חלק לבעל אם היא יכולה למחול. ואי בעי קנין לדון על חלקה, והשיב ואינה יכולה למחול דחלקו אינה יכולה למחול ושלה ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות דהוו כנ"מ ואינה יכולה למוחלו, והא דאין הבעל לריך קנין לדון על נ"מ וכו' היינו היכא שאדם מחזיק בנכסי אשתו והבעל בא להוליא מידו קרקע אגב פירות שבקרקע שהן שלו דן נמי על הכל. אבל בנדון זה שאין כאן פירות לריך הרשאה עכ"ל, הנה מדכתב דבנדון זה בעי הרשאה ואפי' שיש לו פירות בחלק האשה שדינן כנ"מ זה יורה דס"ל כדעת רב האיי גאון דס"ל דכל שאין הפירות בקרקע עלמו אינו דן אלא בהרשאה, ותשו' זו הביאה הטור בנו בא"ה סי' פ"ג וז"ל ומ"מ אינו יכול לתובעו אלא בהרשאה ופירש שם הפירשה וז"ל אינו יכול לתובעו פי' חלק שלה אלא בהרשאה משום דאין לו שייכות בחלקה אלא משום פירות והשתא אין כאן פירות וכמ"ש בח"מ סי' קכ"ב שהסכים רבינו לדעת רב האיי דמלריך להיות בקרקע פירות בשעת תביעה עכ"ל יע"ש. ולפי זה הדבר תמוה דגלאו תרי פסקי הרא"ש דפלגן בהדיהו דבתשו' דכלל ל"ח פסק הפך רב האיי ואילו בהך תשו' דכלל מ' פסק כרב האיי והתימא על הטור בנו ומרן הב"י שלא נרגשו מב' תשו' אלו דסתרי אהדדי, שוב מלאתי להרב נתיבות מבפט דף ק"מ ע"ד שתמה על שתי תשו' הללי והניחם בל"ע יע"ש.

ומצאתי מגיה בישובן עפ"י מ"ש הב"ח בא"ה סי' פ"ג סעיף ג' עמ"ש מרן הב"י דעל חלקה אינו יכול לתבוע וכו' וז"ל וקשיא לי וכי גרע חלקה מפירא דארעא דאמרינן מיגו וכו' ולפיכך נראה דאף החלקה לריך הרשאה דל"ד לשאר נכסי אשתו דידועין גוף ופירי מקמי תביעה אבל בדמי חבלה שאינו ידוע חלקה וחלקו אלא לאחר פסק דין הלכך בשעת תביעה לריך הרשאה. ולפי זה אם היה ידוע חלקו וחלקה בשעת תביעה ודאי אין לריך הרשאה דמיגו דנחית אחלקו נחית אחלקה ודלא כמו שפסק בש"ע עכ"ל הב"ח יע"ש. ועפ"י חילוק זה אין שום תימא על דברי הרא"ש דלעולם דעת הרא"ש הפך מרב האיי וכהיא דכלל ל"ח והכא בכלל מ' שאני משום דבדמי חבלה אין ידוע חלקו וחלקה בשעת תביעה הילכך כתב דבעי הרשאה, ובהכי אין שום תימא על הרא"ש ולא על רבינו בעל הטורים. וזה ודאי שלא כדעת הפרישה שהבאתי שכתב דס"ל כרב האיי גאון דליתא דלדידיה קשין שתי תשו'

ת"ר אלו הן פירות ואלו הן פירי פירות הכניסה לו קרקע וכו' הרי הן פירות, מתה היא ולקח בהן קרקע וכו' הרי הן פירי פירות ע"כ. אם גם בההיא דפ' האשה שהבאתי עכ"ל דלא חשיבי פירות אלא פירא דפירי ופירות דנקט במתני' לאו דוקא, ואף אם תאמר דההיא דפ' האשה פירי מקרו יש לחלק דהתם להכי מיקרו פירי משום דהזתים והגפנים אינם הם בעצמם הפרי שהרי מהגפנים יוצא ענבים ומהזית יוצא זיתים והענבים והזתים הם הנקראים פירי ולכן מה שמוכרים הגפנים והזיתים לקנות קרקע היוצא מהקרקע הנקנה נקרא פירי ולא פירא דפירי. ומ"ש בברייתא מכר פירות ולקח בהם קרקע וכו' הרי הן פירי פירות איירי במוכר גוף הפירות ממש כגון הזתים והענבים והתאנים וכיוצא דאז היוצא בדמיהן נקרא פירי פירות, אמור מעתה דבנדון הרא"ש הנקנה מדמי המתנה אינו פירי פירות אלא פירות עצמן. אבל בההיא דפ' חזקת הבתים דמוכר גוף הפירות והם התאנים והענבים ולוקח בהם קרקע ואוכל מפירותיו הא ודאי נקרא פירי פירות וכן כתב הרא"ש עצמו שם בפסקיו בההיא דפ' מ"ה יע"ש, ולכן הוקשה לו להרא"ש מנ"ד שאוכל הפירות עצמן דמאי שנא מההיא דפ' חזקת דאינו אוכל אלא פירא דפירי והוצרך לחלק וכי תימא דהכתי הו"ל לחלק להרא"ש בין נ"ד להההיא דפ' חזקת בגוונא אחריתי ולומר דלא דמו דבנ"ד זכתה האשה בגוף הקרקע ובפירותיו למכור וליתן כאדם העושה בשלו והלכך הואיל ובנ"ד גוף הקרקע הוא קנוי לאשה לכל מילי הלכך אין לבעל אלא פירות דוקא, משא"כ בההיא דפ' חזקת שאין שום זכות לאשה בגוף הקרקע כלום לא למכור ולא ליתן ואפי' פירי פירות הם לבעל הלכך אינו אוכל פירות דאם נאמר דגם הפירות הם לבעל נמצא שלא נתן לה כלום. ומשום כן אמרינן דאהני המתנה לענין הפירות והשאר שייר לעצמו. וא"כ הי"ל להרא"ש ז"ל לחלק בהכי בין נ"ד לההיא דפ' חזקת הף לזאת נטיתי ידי ואודיעך דאי אפשר לחלק כן שהרי גם בנדון הרא"ש עכ"ל דאין שום זכות לאשה בגוף הקרקע לא למכור ולא ליתן דמאחר שהם נכסי מלוג הלא הדבר ידוע דלאחר תקנת אושא המוזכרת פ' האשה דף ע"ח ובכמה דוכתי כל דבר דהוי נ"מ אין כח לאשה למכור וליתן כלל הלכך הוקשה לו דאמאי בנ"ד אוכל הפירות ובההיא דפ' חזקת אינו אוכל אלא פירי פירות ולכן הוצרך לחלק ביניהם בטוב טעם, והעולה מדבריו דבנדון הרא"ש הכל הוא לבעל דמלבד שאין לה שום זכות לא למכור ולא ליתן אלא גם הפירות הם לבעל ומכ"ש פירי פירות ואין לה שום זכות במתנה זולתי דלאחר שתתאלמן או תתגרש דשקלא לההיא ארעא לבר מכתובתה, ובההיא דפ' חזקת כמי לענין מכירה ונתינה והפירי פירות הכל היא לבעל אבל הפירות לחוד הם שלה בדוקא, וכל הדברים האלה הם מבוארים בדברי הטור בנו בא"ה סי' פ"ה בדרך קצרה בלשון הזהב שלו עיין עליו. ודלא כמ"ש הדרישה שם ס"ק י"ח דמ"ש הטור וה"מ שאינו אוכל פירות כשנתן לה אחר הנישואין וכו' עד הפסידה כל מה שנתן לה שכל אלו הם דברי הרמ"ה דלע"ד נ"ל דהאי והני מילי שכתב הטור הם דעת הרא"ש בתשו' הנז' ואינם דברי הרמ"ה אלא אלו שכתב והרמ"ה כתב שאם מכרה ונתנה קיים וכו' עד וה"מ ומשם ואילך הם דעת הרא"ש בתשו' הנז' שחילק כן, ואיברא דעל דברי הרמ"ה שכתב שאם מכרה ונתנה קיים דמשמע דס"ל דקנתה לגמרי. תפול עליו תמיהת התוס' שתמהו מהך עובדא דגיטין דאמאי איכסיף כיון שהמתנה היא לגמרי כנז"ל. וצריך ליישב לדעתו ז"ל דיסבור כתירוץ ר"י שתירץ בפ' חזקת דשאני בההיא דגיטין שלא היה נותן לה הבעל מקום הגט אלא משאיל. ודוקא במתנה הוא דאמרינן דקנתה יע"ש כמו כן נ"ל לדעת הרמ"ה ז"ל,

וכן מצאתי שישב מוהרש"ך בח"ב בתשובות האחרונות סי' כ"ה יע"ש. והנה בתירוץ זה הוא רחוק וכאשר דחה אותו הרא"ש ז"ל בפ' חזקת יע"ש כן נ"ל לדעת הרמ"ה ז"ל. המור"ם מזה שלמדנו שדעת הרא"ש בין בפסקיו בין בתשו' שוה לדעת התוס' בההיא דפ' חזקת דמ"ש קנתה אינו אלא לענין הפירות בלחוד אבל אינה יכולה לא למכור ולא ליתן כי אין לה זכות בגוף הקרקע ואפי' פירי פירות הם לבעל וכמ"ש בארוך.

ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת בההיא דפ' חזקת דמ"ש במתנה קנתה דעת הרא"ש ז"ל מסכמת לדעת התוס' דפי' קנתה אינו אלא לענין הפירות מעתה תפול התימא בהך סוגיא דנדרים הנז"ל בהא דמשני שאני עירוב כיון דלזכות לאחרים וכו' במה שנמנו וגמרו התוס' והרא"ש והר"ן לפרשה משום דדמי להא דקנתה, דאין משם ראיה כלל דהלא לפי מה שפי' התוס' והרא"ש דלא קנתה כלל לא למכור ולא ליתן ואפי' פירי פירות הם לבעל ונמצא דאין לה יד לזכות במתנה, ואמרינן מה שקנתה אשה קנה בעלה וכההיא דגיטין וא"כ מאי קמדמו לה לההיא דפ' חזקת. דאדרבא אם באנו לדמותה לההיא דפ' חזקת נמצא הדבר בהפכו דגם בעירוב לא מהני לזכות על ידה, ונמצא דהכתי מאי דמותבינן עליה דרב מההיא דעירובין התיובתא במקומה עומדת דאמאי זכתה ולית לה פתרי ומאי משני הש"ס לפי פירושן, ומה סעד הביאו לפירושן מההיא דפ' חזקת ומינה תברתייהו, ואף אם לדעת הר"ן נדחוק דס"ל בההיא דפ' חזקת דקנתה לגמרי וכדעת הרמ"ה שהבאתי, ויסבור לתרץ תמיהת התו' כתירוץ ר"י וכדכתיבנא לדעת הרמ"ה. מ"מ אין זה מעלה ארוכה ומרפא לדעת הרא"ש והתו' אחרי שהם פירשו דלא קנתה כלל והיכי מייתו מהתם סעד לדבריהם.

ואין לומר דראיתם היא דהגם דבההיא דפ' חזקת אין לה רשות למכור וליתן, מ"מ מדאשכחן דלענין הפירות אין הבעל אוכלם אלמא דיש לה יד לזכות מינה ילפינן לעירוב דטעמא דמהני היינו כי היכי דע"י דזוכה בפירות בדיהיב לה הבעל מתנה ולא חשיב תו ידו כידה גם בעירוב לא חשבינן ידו כידה הואיל ולזכות לאחרים היא. ונמצא דכל הדמיון לההיא דקנתה היינו ממה שמצינו דזכתה בפירות. אכתי אין בזה מנות. דאם נאמר דע"י דזוכה בפירות תו לא חשבינן ידו כידה ולא אמרינן מה שקנתה אשה קנה בעלה א"כ הדרא תמיהת התוס' והרא"ש במה שתמהו בפ' מ"ה מעובדא דגיטין דאמאי איכסיף הא הואיל ואין לבעל פירות תו לא הוי ידו כידה ולא שייך תו לומר מה שקנתה אשה קנה בעלה. ומה תירצו התו' והרא"ש בזה, אלא ודאי דהכל תלוי במכירה והנתינה ואכילת הפירות אינה מעלה ואינה מורדת. והגם דאינו אוכל פירות חשיב ידו כידה, והלכך בעובדא דגיטין אמרינן מה שקנתה אשה קנה בעלה הואיל ואינה יכולה למכור וליתן. וא"כ הדרא תמיהתין לדוכתא דהיאך בהך סוגיא דנדרים חשיבו להו דאין ידו כידה ע"י הפירות. דא"כ קשו הני תרי סוגיי אהדדי הך דהכא עם ההיא דגיטין ונמצא לפי זה פי' הרא"ש והר"ן והתו' בהך סוגיא דנדרים דבריהם קשים להלום כעת.

האמנם הנלע"ד נכון בכונתם במה שפירשו בנדרים דאין כונתם לדמותה לגמרי לההיא דפ' חזקת שהרי אין הנדון דומה לראיה דשאני בההיא דפ' חזקת המתנה היא לאשה ואין לזרים אתה, ואילו בההיא דעירובין אין לאשה שום זכות במתנה לעצמה ועיקר המתנה היא לאחרים שהם בני המבוי ואין לה חלק ונחלה עמהם אלא שמזכה על ידה וא"כ היכי מדמה להו להדדי דאדרבא מינה יש לדון דלזכות לאחרים לא מהני כלל וידו כידה. והא דבמתנה קנתה שאני שגוף המתנה היא

ומסתלק עצמו מחלקם זכיא, כדאמרינן במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות, הנה שלשתם לדעת א' נתכונו דדמי להאי דפ' חזקת הבתים דבמתנה קנתה וכו' ומפשט דבריהם מוכח דלהכי גבי עירוב לא חשיב ידו כידה משום דהוי כמתנה שנותן הבעל לאשתו דמסתלק הבעל מגוף הקרקע ומהפירות והואיל ויש לה יד במתנה שנותן לה בעלה לזכות לעצמה בקרקע ובפירות, ה"נ גבי עירוב יש לה יד לזכות לאחרים הואיל והבעל מסתלק מכל וכל מהחבית ההיא תו לא הוי ידו כידה, וכן נר' להוכיח בההיא דפ' חזקת דהיינו לומר דאין לבעל לא גוף ולא פירות מדברי הרא"ש בתשו' כלל ל"ט סי' ג' וז"ל חוב שחייב הבעל לאשה כמו נ"מ הם וכו' וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות וכו' ולא דמי להא דאמרינן פ' ח"ה נתן שדה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות דהתם נתן לה אחר שנשאת ובענין יפה נתן לה שלא ישאר לו בו כלום עכ"ל הצריך לנו מדכתב שלא ישאר לו בו כלום משמע דס"ל דאין לבעל לא גוף ולא פירות ולכאורה סעד למה שפי' הרא"ש ז"ל בנדרים כנז"ל שכונתו כדפי'.

אמנם לא כך אנכי עמדי בביאור כונת תשו' הרא"ש דלע"ד נר' דאי אפשר לפרשם כפשטן, דס"ל דבמתנה אין לבעל גוף ולא פירות דהלא בפ' חזקת הבתים דף נ"א ע"ב שאמרו דבמתנה קנתה וכו', הרואה יראה דהתו' ז"ל הוקשה להם מעובדא דגיטין פ' הזורק גבי ההוא ש"מ שכתב גט לדביתהו וכו' אתא לקמיה דרבא וא"ל ליקני לה ההוא אתרא וכו' וא"ל רב עילים מה שקנתה אשה וכו' איכסיף ואמאי איכסיף ומתוך זה העלו בשם ר"ת דמ"ש קנתה ואין הבעל אוכל פירות לאו למימרא דהגוף קנוי לה דלעולם אין הגוף קנוי ואם מכרה או נתנה אינו כלום, ואינה מתנה אלא לענין פירות בלחוד והואיל ואין הגוף קנוי לה לא חשיב חלירה לענין גיטין. ור"י תירץ דדוקא פירות הוא דאית לה וחשיבי נכסי מלוג וילקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות. הילכך הואיל והבעל אכיל הפירות לא חשיב חלירה לענין גיטין זהו תורף דברי תוס' ז"ל דרך קלרה יע"ש באורך, והרא"ש ז"ל שם סמך עצמו כתירוץ ר"ת ור"י והעלם הטור בנו בא"ה סי' פ"א להלכה דהא דבמתנה קנתה היינו לענין פירות אבל אם מכרה ונתנה בטל וילקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות יע"ש אים על מקומו באורך. ואם איתא דפי' דברי הרא"ש בהך תשו' במ"ש שלא ישאר בו כלום דהיינו אפי' הגוף נמלא הרא"ש סותר עצמו מפסקיו לתשו', ואם נפסך לומר דאין זו קושיא דכל הגדולים השמיטונו בכמה מספריהם דאין להקשות עליו מפסקיו לתשו' כדאשכחנא בדוכתי טובא, מ"מ בתשו' הלזו אם הדברים כפשטן יפול עליו תמיהת התו' שתמהו מעובדא דגיטין דאמאי איכסיף רבא ומה יענה הרא"ש ז"ל לתמיהה זו, ועוד יקשה על הטור בנו דבסי' פ"ה הביא דברי אביו שבפסקיו. ואילו בסי' ק"ח הביא הך תשו' של אביו הרא"ש הנז' והעלם להלכה ולמעשה ולא נרגש שדבריו סתרי אהדדי, ולא עוד אלא שבסי' פ"ה גופיה אחר שהביא דברי הרא"ש בההיא דקנתה וכו' כמו שפי' בפסקיו סמוך לה מיד הביא דבריו שבתשו' הנז' כאשר יראה הרואה ואמאי לא חשש ולא קרא עליו תגר כיון שהם סותרות זו את זו, וביותר תפול התימא על מאור עינינו מרן הקדוש ז"ל איך לא נרגש מזה. אלא ודאי הוא הדבר אשר דברנו דס"ל דפי' מ"ש הרא"ש בתשו' שלא ישאר לו בו כלום היינו לענין הפירות בלבד דלא הויא מתנה בגוף הקרקע זולתי לענין פירות לחוד אבל אם מכרה ונתנה בטל. וגם בפירות ההם חשיבי כנכסי מלוג וימכרו ויקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות ובזה אין שום תימא מפסקיו לתשו' דאלו ואלו דברי אלקים חיים ולדעת א' נתכוונו וכדפי'.

ואם לחשך אדם לבאר כונת תשו' הרא"ש דלענין פירות לחוד היא ולעולם ס"ל דכנכסי מלוג וימכרו ועלהם בהם קרקע והבעל אוכל פירות דא"כ דברי הרא"ש בהך תשו' אינם מובנים דמה חילוק יש בין נדון הרא"ש להאיא דפ' חזקת דהלא גם בנדון הרא"ש העלה כמו כן דימכרו וילקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות. וא"כ הרי שוה להאיא דפ' חזקת דימכרו וילקח בהם קרקע והבעל אוכל פירות דדינם כנכסי מלוג ונמלא דהנושאין שוין ואיך מחלק הרא"ש ביניהם ובשלמא אם היינו מפרשים דמ"ש הרא"ש בההיא דפ' חזקת הבתים דקנתה שלא ישאר לו בו כלום דהיינו לומר דאין לבעל לא גוף ולא פירות ניחא דחילוקו ברור כי רב המרחק ביניהם בין נ"ד להאיא דפ' ח"ה הרחק כמטחוי קשת, אבל לפום מאי דפרישית אין חילוק ביניהם דהשתא נ"ד וההיא דפ' חזקת שוים הם. וכיולא בזה מלאתי למוהרש"ך בח"ב בתשו' האחרונות סי' כ"ח שתמה על א' מהמעיינים שרלה לפרש כן בדברי הרא"ש, ולע"ד אחר המחילה רבה מעלמותיו הקדושים שותיה דמר לא ידענא דנר' לע"ד דלעולם העיקר בדבריו כדפי', וחילוק הרא"ש בין להאיא דפ' חזקת ברור כשמש, דאיברא דההיא דבפ' ח"ה נמי דינם כנ"מ וימכרו וילקח בהם קרקע מ"מ בפירות ההם שנגדלו בקרקע אין לבעל זכות בהם לאוכלם וליתנם במתנה שכבר זכתה האשה בהם. אלא שדינם כנ"מ ומוכר הפירות ההם ולוקח בהם קרקע ואוכל הפירות דאשכחנא דמאי דקא אכיל בעל הוא פירי פירות דוקא אבל הפירות עלמם אין לו שום זכות בהם לא לאכלם ולא למוכרם ולא ליתנם במתנה מאחר שזכתה בהם האשה והרי הם בחזקתה. משא"כ בנדון הרא"ש במתנה שנתן לה הבעל בעודה ארוסה דמיד שנשאה אותם קונה בהם קרקע והבעל אוכל פירות שהפירות בעלמם הגדלים בקרקע הוא אוכל אותם ואין לורך למוכרם ולקנות בהם קרקע כדי שיאכל פירי פירות אלא אף הפירות עלמם הם לבעל ולכך הוקשה לו מ"ש נ"ד מההיא דפ' ח"ה ונתן טעם לשבח דבנ"ד הואיל ומתנתו היתה בעודה ארוסה לא אלים כח מתנתה לאסור הפירות עלמם לבעל אלא אף הפירות הם לבעל משא"כ בההיא דפ' ח"ה דהמתנה היתה לאחר שנשאת דאלים כח המתנה לענין הפירות שאין הבעל יכול לאכלם אלא פירי פירות ברוקא הוא דקא אכיל. ונמלא דחלוק נדון הרא"ש מההיא דפ' חזקת לענין הפירות עלמן. וחילוקו ברור כלאת השמש בלהרים. ואם יקשה עליך דאמאי בההיא דפ' ח"ה מה שהוא מוכר הפירות ולוקח בהם קרקע חשיב להוא פירא דפירי טפי מנדון הרא"ש, הלא גם בנדון הרא"ש קונה בנכסים פירות והרי מנכסי המתנה אינו יכול לאכול אלא מהפירות שיגדלו בקרקע אחרי קנייתם מהנכסים ההם ואין לו כח וזכות לאכול מהנכסים ההם עלמם, ועוד דהרי גבי נפלו לה זיתים וענבים וגפנים אמרינן בכתובות פ' האשה שנפלו דף ע"ט לדעת רבנן דקי"ל כותיהו דבשדה שאינה שלה ימכרו וילקח בהם קרקע יהוא אוכל פירות, הרי דהאכילה ההיא קרינן להו פירות ולא פירי פירות ה"נ בההיא דפ' חזקת שאין לאשה אלא פירות הואיל ומהפירות קונה קרקע ואוכל הבעל אמאי פירי פירות ולא פירות עלמן. וא"כ גם בנדון הרא"ש דכותה ומה הולרך הרא"ש ז"ל לחלק בין נ"ד להאיא דפ' ח"ה מאחר דיכולין אנו לדמות נדון הרא"ש להאיא דפ' חזקת דבכולם פירי נינהו דקאכיל ולא פירא דפירי וכההיא דפ' האשה שהבאתי. לזה אודיעך דלא קשיא חדא דאיכא למימר דגם בההיא דפ' האשה שנפלו הואיל וזתים וגפנים הם מה שאנו אומרים ימכרו וכו' והוא אוכל פירות דלא חשיב פירי אלא פירא דפירי הם ובריית' שלימה שנינו בפ' הכותב דף פ"ג ע"ב ז"ל

אמלוה הואיל ולהוצאה ניתנה, מ"מ שמעינן מינה דלדידן אחר תקנת הגאונים שתקנו דכתבינן אורכתא אף אמלוה משום נעילת דלת דהוי כמי דינא הכי שאם כתב לו על שט"ח מלוה שביד חבירו ז"ל דון וזכי לשליש ולרביע דמהני במיגו דמשתעי דינא אפלגא וכו'. ומינה אתה דן דאותיות נקנין לחצאין וזה ברור. ומתוך כך הוראה יוצאה לנ"ד דהגם שלא הקנתה לשליח כי אם סך מה מכתובתה דמהני ע"י כתיבה ומסירה וכהוראת ב"ד הצדק י"ב, גם מתוך דברי מוהרי"ט והרב עדות ביעקב דף כ"ה ע"ד בתשובה הנז"ל שהעלו דבמקנה החוב של כתובתה דמהני בכתיבה ומסירה. והתם הרואה יראה שהקנתה סך מה מחוב כתובתה ולא כולה כמוצג בשאלתם יע"ש. מדבריהם אתה למד דס"ל דאותיות ניקנין לחצאין. ובכן הדין פשוט לנ"ד דמהני במקצת וכדכתיב'.

ואניף ידי אל החלק השני במיגו השייך לנ"ד. לטענה שטענו הב"ח כנגד לוי התופס דהואיל והמתנה מועטת משך חוב הכתובה אינו יכול לזכות אלא עד שיעור המתנה דאיכא מיגו אבל לא במותר כמוצג בשאלה, דהנה לכאורה נר' דהדין עמהם בטענתם זו ולהקת נביאים עמהם המסכימים לסברה זו כאשר אבאר בס"ד. והוא דהגם דמרן ז"ל בב"י בח"מ סי' ק"ה על דברי הטור שכתב שם וז"ל ואם ראובן חייב ליהודה מהני מה שתפס לצורך שמעון וכו' ביאר מרן ז"ל דטעמו דהכי קאמר לא מיבעיא אם תפס בבת אחת כשיעור מה שחייב לו וכשיעור מה שחייב לחבירו דמיגו דזכי לנפשיה וכו' אלא אפי' תפס לחוב חבירו ולא לעצמו אפי"ה קנה במיגו דאי בעי זכי לנפשיה וכו' יע"ש, המתבאר מדבריו אלה דס"ל דכשתפס בבת אחת מהני בפשיטות ואפי' שאין חובו שוה לחוב חבירו במיגו דזכי לנפשיה וכו' מ"מ עינינו הרואות כי רבים לוחמים אתו ואין הכל מודים לו בזה ה"ה הב"ח והסמ"ע שם בס"ק ג' והרב משאת בנימין סי' ל"ב והכנה"ג בהגהתו לב"י אות ב' ומוהר"ש די בוטון כולם כאחד חלקו על מרן ז"ל וס"ל דבמה שתפס יותר מכדי חובו הוי חב לאחרים ולא זכה והביאו ראיה לדבריהם יע"ש איש על מקומו.

ואיברא שדברי הרב כנה"ג קשים לפקע"ד במ"ש וז"ל והסוגיא שהביא מפ' ב' אוחזין מציאה שאני דאין כאן חב לאחרים עכ"ד, ואתר המחילה רבה מעצמות הרב לא ידעתי היאך דחה ראית הג"ת במילי בעלמא. דהיאך החליט הדבר לומר דבמציאה לא הוי חב לאחרים. דהא רב נחמן אמר המגביה מציאה לחבירו לא קנה משום תופס לב"ח, ואפי' ר' יוחנן דפליג וס"ל דקנה הרי כתבו שם התו' דאע"ג דר' יוחנן ס"ל דתופס לב"ח וכו' מציאה שאני דמיגו דזכי לנפשיה. ואם כדבריו מאי קושיא הא במציאה לא שייך דין תופס לב"ח, א"א ודאי דאי לאו המיגו הוה שייך במציאה דין חב לאחרים אלא דע"י המיגו דזכי לנפשיה זכה. ופשט דברי התו' מוכחו מדנקטו מיגו דזכי לנפשיה דס"ל דאפי' שאין חובו אלא מועט ואכתי במותר איכא חב לאחרים אפ"ה מיגו דזכי לנפשיה קנה, מדלא נקטו התו' מיגו דאי בעי זכי לנפשיה. וא"כ ראית הג"ת תקיפא טובה ומה דחיה היא זו. ואולי ס"ל להרב ז"ל דכונת דברי התו' שכתבו דאם חייב לתופס דזכה במיגו היינו במיגו דאי בעי זכי אבל מיגו דזכי לנפשיה לא מהני. והחילוק ברור לענין כל דאי אמרינן מיגו דזכי לנפשיה נפקא לן דאף אם תפס יותר מכדי חובו קנה. ואי אמרינן מי"ו דאי הוה בעי זכי לנפשיה נפקא לן דדוקא בתפס לצורך חבירו ולא לעצמו הוא דקנה במיגו דאי בעי זכי לנפשיה. אבל אם תפס לעצמו תחילה אין התפיסה מועלת אלא עד כדי חובו דאז הוא דאיכא מיגו דזכי לנפשיה אבל במותר לא זכה דלא שייך מיגו. ומציאה

לדעת ר' יוחנן דס"ל דקנה היינו במיגו דאי בעי זכי לנפשיה, וכן נר' דס"ל להב"ח ז"ל בכונת דברי התו' שכתב בסי' ק"ה סעיף ב' וז"ל ואם ראובן חייב וכו' כן כתבו התו' במציעה פ"ק ובגיטין פ"ק וכ"כ הרא"ש וכ"י בפ"ק דמציעא בשם ר"ת דאם היה חייב גם לתופס הוי זכי נמי לחבריה במיגו דאי הוה בעי זכיה לנפשיה ומשמע מלשונם דלא שייך לומר מיגו דזכי לנפשיה וכו' יע"ש ועפ"י זה חלק על דברי מרן הב"י שכתב דאפי' במותר זכה במיגו דזכיה לנפשיה דליתא דממציאה ליכא למילף מידי דהתם לא שייך חב לאחרים משום דהתם במיגו דאי בעי זכיה לנפשיה הוא דקנה אבל במיגו דזכי לנפשיה לא קנה אלא עד כדי חובו ותו לא. וזו היא כונת הרב המאסף. אלא שדבריו באו בקצרה וסמך על המבין כנ"ל ודוק. באופן שגם הרב המאסף הוא נלוה עם כת החולקים על סברת מרן ז"ל, וא"כ שורת הדין נותנת לכאורה לדון בנ"ד שזכו הב"ח בטענתם זו ומוציאין מיד לוי המותר.

האמנם אמינא ולא מסתפינא דבנדון דידן אין בטענתם ממש. כי הלא ראש הממשלה הראשונה ראשון לכל בית יוסף הוא המורה דאפי' דחוב התופס הוא מועט ממה שתפס דזכה, ואחריו כל ישרי לב עמודי ההוראה עומדים על ימינו לעוזרו ולתומכו, ראשון לציון הוא הש"ך בסי' הנז' הביא דעת הסמ"ע וסיעתיה וסתר ראיותיהם והחזיק בדברי מרן ז"ל. והביא ראיה מפ' שנים אוחזין דף ט' יע"ש בס"ק ב'. גם הרב גד"ת כתב בפשיטות כדעת מרן ז"ל, גם הרב בית הלוי בכללי המיגו אופן ט' הביא דברי הסמ"ע ז"ל וחלק עליו וסתר ראיתו והחזיק בסברת מרן ז"ל לפסק הלכה וכתב וז"ל דפשיטא דאם חייב לו מאה ולחבירו מאה דאז יש לו מיגו דזכי לנפשיה. אלא אפי' תפס שני מאות אמרינן גבי מאה הראשונים מיגו דזכי לנפשיה וכו' וא"כ מאה הנשארים בידו הוא זוכה בשבילו ודלא כסמ"ע, והביא סעד וראיה להחזיק דברי מרן ז"ל וז"ל ונלע"ד להביא ראיה ברורה להלכה ולמעשה מגמ' דנדרים פ' אלו נדרים דף פ"ח ע"ב דאמר ר"מ יד אשה כיד בעלה דמיא ומקשה איתיביה רבינא לרב אשי אלו שזכין להם בנו ובתו הגדולים וכו' ואי אמרת דיד אשה כיד בעלה דמי עירוב הא לא נפק מרשות דבעל אלא אמר רב אשי מתני' כשיש לה חצר בתוכו מבו דמיגו דזכי לנפשיה זכי לאחריני, ופי' הרא"ש וצריך הבעל לזכות גם לאשה הלכך זכיא גם לאחרים, והתם על כרחין אין כולה שלה דאם רוצה האשה לזכות בכולה אינה יכולה לזכות דגם לאחרים יש זכות בו ואפ"ה זכיא לאחרים במיגו כמו כן בנ"ד עכ"ל יע"ש.

וטרם אחלה לדבר בראיה זו דיש לי לפקפק עליה כמו שאכתוב לקמן בס"ד. דרך אגב אמרתי לעמוד אהך סוגיא דנדרים הנז' דרך שקלא וטריא כפי חולשת דעתי הקלוש כי תורה היא וללמוד אני צריך וה' יהיה בעזרי כי"ר. דהנה על מאמר רב דס"ל כר"מ דיד אשה כיד בעלה מותבינן עליה ממתני' דעירובין דתנן כיצד משתתפין במבוי מניח את החבית וכו' ומזכה להם וכו' ועל ידי אשתו ואי אמרת קנה יתהון בעל לא נפיק מרשותיה ומשני אמר רב וכו' מודה הוא ר"מ לענין שיתוף כיון דלזכות לאחרים הוא מיד בעלה זכיא, ופירש הר"ן בהך שינויא דהכי דאמר ר"מ דאין קנין לאשה בלא בעלה ה"מ היכא דיהב לה אחר מתנה אבל מודה הוא דבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות כדאמרינן פ' חזקת הבתים ולא שמעינן ליה לר"מ דפליג עליה וכו' אלו הן דברי הר"ן ז"ל, גם הרא"ש ז"ל פירש כן שם וז"ל בד"ה כיון דלזכות וכו' עד כדאמרינן במתנה שהבעל נותן לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות, גם התוס' שם ז"ל כיון דלזכות לאחרים וכו' כיון דבעל עצמו מזכה בהם

ומסתלק

שהוכיח מהסוגיא דפ' כל שעה והויא בקרקעות היא וכדפי'. ובהכי לא קשין דברי מוהר"ם אהדדי, וסעד לדברי אלה היה נראה לי ממ"ש מוהר"ם בתשו' הגדולות סי' תקפ"א וז"ל על עסק לאה שנישאת לראובן והיו לה בנים ומת ראובן ונישת ליעקב ומת יעקב בלא בנים ואחר מיתת יעקב נתנה כבינתה ושאר מטלטלין לבת ומתה לאה ועכשיו באים אחיה מראובן ותובעים מאחותם מה שנתנה לך אמנו כי לא נשבעה על כתובתה והנכסים בחזקתנו, והשיב דעתי נוטה שזכתה הבת וכו' ואין יכולין להוציא מידה וכדאמרינן ריש פ' אלמנה ניזונית אלמנה שתפסה מטלטלין בכתובתה מה שתפסה תפסה ואין על היתומים להוציא ה"נ בתה הבאה מכחה אין מוציאין מידה אפי' נתנה באלמנות ראובן וכ"ש אחרי שנתאלמנה ונישת ליעקב וכו' עכ"ל יע"ש. הרי שכתב שמתנתה מתנה והוא הפך התשו' הנז"ל שסתם ולא חילק. הא אין עליך לדון אלא כדכתיבנא דיש לחלק בין קרקע למטלטלין ותשו' זאת במטלטלין היא והויא דלעיל בקרקעות היא. שוב ראיתי שדברי התשובה הלזו אינה ממוהר"ם אלא מרהב"ן וכדמוכח שם בסי' תק"פ שכתב תשו' רבינו אבן וכו' ונראה שגם תשו' זו דסי' תקפ"א היא מראב"ן וכאשר הובאו דבריו בהגהות אשירי ריש פ' אלמנה ניזונית וכן הביאה המרדכי שם בשם ראב"ן וכאשר כתב הרב נתיבות משפט דף ס"ט יע"ש איש על מקומו. ומאחר שהך תשו' הם דברי ראב"ן אין מזה סעד לתמכי.

אבן פשפשתי ומלאתי און לי וסעד לדברי מתשו' מוהר"ם גופיה שהביא המרדכי בבתרא פ' חזקת דף רכ"ד סוף ע"ג וז"ל ונשאל לר"מ ראובן נשא לאה והוליד ממנה חנוך ומת ראובן ולא נשבעה על כתובתה והלכה לאה ונשאת לשמעון והכניסה לו וכו' ובא חנוך בנה וערער על שמעון וכו' והשיב שאין בערעור חנוך ממש וזכה שמעון יע"ש, ובסוף התשו' כתב וז"ל ואם מכרה או נתנה מקרקעי של בעלה ולא נשבעה על כתובתה מה שמכרה ונתנה בטל שמספק לא מפקינן ממונא מחזקת יורשין עכ"ל יע"ש באורך. הרי לך דמוהר"ם גופיה חילק בתשו' זאת בין קרקע למטלטלין. דבמטלטלין העלה דעל חנוך להביא ראיה ובקרקעות העלה דאינה מתנה, ולא מפקינן ממונא מחזקת יורשין, ובכן עכ"ל דהך תשו' הנז"ל שסתם דאינה מתנה בקרקעות היא וכדפי' לעיל. ולמ"ש לעיל בדברי הר"ס שהביא המרדכי שהעיד שכך דנו בקולוניא זה הר"ס אינו רבנו מאיר אלא רבינו משה וכן הביא בפי' מוהריק"ו שורש י"ח יע"ש, ומ"מ זכינו לדין שדעת הרא"ש מסכמת כדעת מוהר"ם רבו ושוין הם דבמטלטלין הוי מתנה ובקרקע אינה מתנה כן היה נר' לפקע"ד, אכן ירא אנכי שהרי הרב הגדול מוהר"י קולון ז"ל בשורש י"ח אין דעתו כן בדעת מוהר"ם דס"ל דהך תשו' דמוהר"ם במ"ש דאין מתנתה מתנה לגמרי קאמר בין במקרקעי בין במטלטלי כאשר ירא' הרואה לשם. וכן נר' שהבין מוהרי"ט בא"ה סי' מ"ד בכונת מוהר"ם וגם הרב פרח מטה אהרן סי' ל"ה הבין כן. ולדעתם ז"ל צריך ליישב הך תשו' של מוהר"ם שהביא הפ' חזקת הנז"ל דמ"ש דבקרקעות אינה מתנה לאו משום דס"ל דבמטלטלין הוי מתנה אלא התם היינו טעמא דמוהר"ם משום שהיתה נושאת ונותנת בנכסים הילכך במטלטלי זיכה לשמעון בעלה. אבל אי משום מתנה גם דעתו ז"ל מסכמת דאף במטלטלין אינה מתנה ככ"ל ישוב הך תשו' דמוהר"ם לדעתם ז"ל, ברם הא תמיהא לי בדברי מוהריק"ו שם במה שהשוה דעת הרי"ף לדעת הרא"ש וסיעתיה דס"ל דבמטלטלין מתנתה מתנה ואפי' שלא נשבעה דהדבר תמוה דהרואה יר' בתשו' הרי"ף שהביאה מרן הב"י בסי' ל"ו דס"ל דאינה מתנה אלא א"כ נשבעה לבסוף הא לאו הכי לא וא"כ היאך השוה דעת הרי"ף לדעת הרא"ש. דאיברא דלענין מטלטלין שוין הן דמתנתה מתנה מיהו לענין השבועה חלוקים הם דלדעת הרא"ש אפי' שלא נשבעה מהני ולדעת הרי"ף לא מהני אלא בנשבעה לבסוף, תו קשה במ"ש מוהריק"ו לפסוק כדעת הרא"ש וסיעתיה דמחלק בין קרקע למטלטלין וכתב שכיון שהרא"ש הוא אחרון ממוהר"ם כותיה נקט' יע"ש. ותימה היאך לא זכר שר התשו' אחרת של הרא"ש דסתם דאינה מתנה ולא חילק בין מטלטלין לקרקעות וזה כדעת מוהר"ם שלא חילק, ומאי קא חזי דסמך אהא ולא אאידך אחריתי; לולא כי נר' לי כי בימיו עדין לא נתפשטו תשו' הרא"ש בדפוס, ולכן לא הביא אלא דברי הטור ואילו היה רואה הך תשו' אחריתי היה פוסק איפכא כדעת מוהר"ס, ועוד לאלוק' מילין בישוב דעת מוהריק"ו להסיר מעליו מה שתמה מוהרי"ט ז"ל בסי' הנז' ולאהבת הקיצור איני מאריך.

זאת תורת העולה דבענין אלמנה שמכרה או נתנה קודם שנשבעה רוב בנין ורוב מנין ס"ל דמהני ה"ה הרי"ף ורבי' שמחה ור' ברוך ור' יואל ופוסקים אחרים שהביא המרדכי פ' הכותב דמהני אפי' בקרקעות. ולדעת הרא"ש ומוהריק"ו אשר סמך ידיו עליו להלכה ולמעשה ומרן הב"י שהעלה כדעת הרא"ש דבמטלטלין מתנתה קיימת אבל לא בקרקעות. ובכן דן אנכי בנ"ד דאם מתנת האלמנה שנתנה לשליח היא בקרקעות מצי המוחזק לומר קים לי כהרי"ף וסיעתיה ולא מפקינן מיניה וכמ"ש הרב פרח מטה אהרן בסי' ט"ו ו"ן זבכמה מתשו' יע"ש ובתשו' עדות ביעקב סי' כ"א יע"ש. ואם בנ"ד היא המתנה במטלטלין ליה דין צריך בשם דזכה מקבל המתנה לדעת הכל ואין כח ביד המערערים להוציא מיד השליח וזה פשוט.

ובר מן דין דן אנכי מטעם אחר דזכה מקבל המתנה דנ"ד לא שייך למחלוקתם ז"ל ובנ"ד כל אפיא שוין לזכות לשליח במתנה, דע"כ לא איפליגו בענין מתנת האלמנה אלא היכא שנתנה או מכרה ממש גוף הדבר המשועבד לה מקרקעי או מטלטלי אבל כיולא בנ"ד דמה שמכרה או נתנה אינו אלא חוב כתובתה בהא כל אפיא שוין דמתנתה מתנה וכאשר הורה גבר הוא מוהרי"ט ז"ל בא"ה סי' מ"ד יע"ש. ובלבד שתקנהו בכתיבה ומסירה כדין קנית אותיות יע"ש. גם הרב עדות ביעקב בסי' כ"א פסק כן. והביא ראיה ממה שפירש"י בפ' כל שעה על הא דאמרו כי פליגי דאקדיש מלוה וכו' ופירש"י דאקדיש מלוה את הקרקע המשועבד לו ולא הקדיש החוב אלא הקרקע וכו' עכ"ל ופשוט הוא.

ומעתה הוראת ב"ד הצדק נכונה ויפה הורו יפה דנו שתקנה לשליח סך מה מכתובתה מאשר יגבה במתנה ובידאי דהיינו כדין האותיות בכתיבה ומסירה. ובהא כל גדולי המורים מודו דמתנתה מתנה ואין בטענת המעוררים כנגדו ממש ותוהו והבל יפצה פיהם, והוראת ב"ד הצדק היא שרירא וקימה על קו האמת והצדק. ואם עדין לבך נוקפך דהכתי היכי מהני מתנתה בנ"ד הא אינה מקנה לשליח כל כתובתה אלא מנה ממנה, וא"כ היכי שייך כתיבה ומסירה במקצת החוב הואיל ואינה מקנה לו כל חוב כתובתה, אף לזאת אודיעך שהרי כבר העלותי בספרי שהדפסתי ס' פרי הארץ בח"מ סי' ד' דאותיות נקנין לחצאין והארכתי בראיות לזה עיין עליו, ולעת הצום אוסיף נופך להביא ראיה אחרת מהסוגיא דקמא דף ע' ע"א בענין אורכתא שאמרו שם האי אורכתא דלא כתיב בה זיל דון וזכי לית בה משמא וכו' ואם כתב לו לשליש ולרביע מהני ופירש"י שהקנה לו שלים וכתב לו עליו זיל דון ונתנו טעם משום דמיגו דמשתעי דינא אפלגא משתעי אכולה. ואף כי הך סוגיא בהרשאת מטלטלין או פקדון היא ולא במלוה דמדינא דגמ' לא כתבינן אורכתא אמלוה

הך מנהגא אין לו דין נדוניא כלל, ולעולם דבלא המנהג ההוא איה"כ דאיהו נמי ס"ל כדעת הריב"ש ז"ל שדין קרקעות נדוניא הוא שוה למטלטלי הנדוניא. כנ"ל ישוב דעת הרא"ש ז"ל דהשתא לפי זה נמצא דכל שאינו מנדוניתה ס"ל להרא"ש דאין מתנתה מתנה אפי' במטלטלי וכדעת מוהר"ס רבו דס"ל כן וכדבעי' מימר לקמן בס"ד. אלא דאכתי לא ניחא לי הך שינויא דלפום מאי דכתיבנא נמצא דדוקא בנותנת מנדוניתה הוא דמחלק הרא"ש בין קרקע למטלטלין, אבל מנכסי בעלה אין מתנתה מתנה אפי' במטלט' ואם כנים הדברים הי"ל לרבינו בעל הטורים שהביא ס' הרא"ש בסי' נ"ו לפלוגי בהכי. ומדסתם ולא כתב אלא דברי הרא"ש אביו שחילק בין קרקע למטלטלין אלמא דס"ל דאפי' שהם מנכסי בעלה ס"ל להרא"ש לחלק בין קרקע למטלטלין וא"כ לדעתו ז"ל הדרא תמיהת מרן ז"ל מהתשו' השנית שסתם ולא חילק אלמא דלגמרי ס"ל דאינה מתנה והתימא נופלת על הטור בנו איך לא הזכירה והחליט הדבר בתשו' הראשונה ולא זכר שר הך תשו' המנגדת את זו ולכן אין דעתי נוחה בהאי פירוקא.

אמנם המחוור יותר בישוב שתי תשו' הרא"ש ודעת הטור בנו נלע"ד כי הוא זה דלעולם דעת הרא"ש ז"ל לחלק בין קרקע למטלטלין וכמ"ש בתשו' הראשונה כן הוא עיקר דבמטלטלין מתנתה מתנה ולא בקרקע והך תשו' השנית שכתב דאין מתנתה מתנה בקרקעות היא בדוקא והגם שסתם את דבריו מ"מ מכח דברי התשו' וראיותיו שהביא מהם אני למד דבקרקעות היא בדוקא וכמו שאכתוב בס"ד, דהנה הראיה הראשונה שהביא הרא"ש ז"ל בהך תשו' דאין מתנתה מתנה הוא מהסוגיא דפ' כל שעה דקי"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה ואי אקדים מלוה לא קדים, והרואה יראה בהך שמעתתא דמ"ש דלדעת רבא דאי אקדים מלוה לא קדים היינו דוקא בקרקעות וכן פירש"י שם אבל במטלטלין גם רבא ס"ל דאי אקדים מלוה או זבין דמהני והגם דמכאן ולהבא הוא גובה שאני מטלטלין דקי"ל כרב נחמן דקאמר דב"ח קונה משכון. וכן העלה בפי' השמועה הרב המאור שם ז"ל וז"ל הנצרך לנו ושמעינן מינה דישראל המלוה את ישראל על המשכון בעלמא אע"ג דלא א"ל מעכשיו קני ליה כדר' נחמן וכו' עד ואי אקדים או זבין שפיר עבד והאי דינא במטלטלי בלחוד היא ולא במקרקעי וכו' עכ"ל יע"ש באורך, גם הרמב"ן ז"ל שם הגם דחלק על הרב בעל המאור בהצעה של השמועה ופירשה בחכמתו. מ"מ הרואה יראה דבהא מילתא אזיל ומודה ליה דבמטלט' אי אקדים מלוה מהני ודברי רבא בקרקעות היא שאחר שפי' הצעת השמועה כתב בסוף דבריו וז"ל אבל בדבר א' בלבד דלג רבינו שהוא יוצא מכלל השמועה הזו שנראה לפי פשט הסוגייא דישראל מישראל דקני משכון כדר' נחמן אי זבין או אקדים שפיר עבד עכ"ל, הרי לך דילפינן מהך סוגיא שהביא ממנה הרא"ש לדבריו דדוקא בקרקעות הוא דאי אקדים או זבין לא מהני אבל במטלטלין מהני וכמ"ש הני אשלי רברבי. ומעתה אם איתא שדעת הרא"ש דאפי' במטלטלין אין מתנתה מתנה אין ראיתו ראיה דהתם ליכא למילף מינה אלא בקרקעות דאינה מתנה הואיל ואי אקדים או זבין לא מהני, אבל במטלטלין מהני וא"כ היכי מייתי מינה הרא"ש למילף למטלטלין לא מהני וראיתו סותרת את דינו. אלא ודאי שדברי הרא"ש אינם אלא בקרקעות אבל במטלטלין. גם בתשו' זו סובר שמתנתה מתנה וכמ"ש בתשו' הראשונה. הילכך הואיל ובקרקעות היא שפיר ראיתו נכונה מההיא דפ' כל שעה מדברי רבא דס"ל דבקרקעות אי אקדים או זבין מלוה לא מהני וה"ה גם לענין מתנה דאינה מתנה.

עוד יש לי ללמוד מתוך דברי התשו' הללו שדברי הרא"ש ז"ל הם בקרקעות דוקא; והוא שאחרי שהביא הרא"ש הך סוגיא דפ' כל שעה ללמוד הימנה דאינה מתנה הוקשה לו בעיניו מההיא דאיפליגו ר"ש ורבנן שדעת רבנן הוא דאלמנה בין מן הנישואין בין מן האירוסין מוכרת וכו' ור"ש קאמר מן הנישואין וכו' וקאמר עלה בשלמא מן הנישואין משום מזונות אלא מן האירוסין מ"ט אמר עולא וכו' וא"כ מאחר דרבנן סברי דמן האירוסין מוכרת לכתובה היה לנו לדון דכי היכי דמוכרת גם מתנתה מתנה, ותירץ הרא"ש דדוקא במכירה שייך טעמא דחינא וכו' וגם אין אדם רוצה שתהא אלמנתו מתבזית בב"ד וכו' אבל במתנה לא שייכי הני טעמי הלכך אין מתנתה כלום ע"כ, והרואה יראה דהך פלוגתא דר"ש ורבנן בימי הגמ' היא קודם שתקנו הגאונים שתגבה ממטלטלין כי בימי התלמוד מטלטלי לא משתעבדי. ואם איתא שדברי הרא"ש הם במטלטלין מאי קא קשיא ליה ומאי תירץ דמשמע דאי הוו שייכי הני טעמי במתנה היינו אומרי' דמתנתה מתנה תיפוק ליה דבלאו הכי במטלטלין אינה מתנה משום דלא משתעבדי לדינא דגמ'. והי"ל לתרץ דבמטלטלין אינה מתנה משום דלא משתעבדי. אלא ודאי שדברי הרא"ש לענין קרקעות בדוקא היא במשעבדי לכתובה אפי' לדינא דגמרא ולכך איקשה לו דכי היכי דמצינו דמוכרת הכי נמי נימא דמתנתה מתנה. ולכך הוצרך לחלק דהואיל דלא שייכי הני טעמי אין מתנתה כלום. ונמצא לפי ההכרחות הנז' שדברי הרא"ש בתשו' השנית שפסק דאינה מתנה בקרקעות בדוקא היא אבל במטלטלין ס"ל דמתנתה מתנה וכמ"ש בתשו' הראשונה דחילק בין קרקעות למטלטלין והגם שדבריו באו סתומים ילמד סתום מן המפורש מכח ראיותיו הן הן עידיו דבקרקעות היא בדוקא וכדאמרן. ובזה עלו שתי תשו' הרא"ש על נכון כנלע"ד ועל פי זה ניחא דעת הטור בנו שהביא דבריו בתשו' הראשונה שחילק בין קרקע למטלטלין וסתם כמותה משום דס"ל דתשו' השנית בקרקעות בדוקא היא וכדאמרן כנ"ל דעת הטור.

ואי לאו דמסתפינא אמינא שגם דעת מוהר"ס רבו כדעת הרא"ש דמחלק בין קרקע למטלטלין והגם שדבריו באו סתומים והביאם המרדכי פ' הכותב וז"ל והר"ס פסק הלכה למעשה אעפ"י שראבי"ה ור' ברוך ור' שמחה פסקו דמה שנתנה האלמנה קודם שנשבעה מתנתה קיימת נ"ל דברי הגאונים עיקר שפסקו אין מתנתה קיימת וכו' עד שלא היו הנכסים שלה אלא שעבודא בעלמא דקי"ל כרבא דאמר בפ' כל שעה כל היכא דאקדים מלוה ולא קדים לוה לא קדים דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה והקדש עדיף עפי ממכר וכו' יע"ש, הגם שדבריו הם בסתם מ"מ מכח ראיתו שהביא מההיא דפ' כל שעה נראה לי להוכיח דבקרקעות איירי מוהר"ס בדוקא וכמו שהכרחנו לעיל בדעת הרא"ש מכח הראיה הלזו דבקרקעות בדוקא היא כנז"ל באורך, מינה יש לי להוכיח בדעת מוהר"ס שדוקא בקרקע הוא דקאמר דאינה מתנה, אבל במטלטלין גם דעת מוהר"ס שוה דהרא"ש דמתנתה קיימת. ובהכי ניחא לי דברי המרדכי שם דקודם לזה כתב המרדכי שם וז"ל אבל ראבי"ה פסק לעיל דהמתנה קיימת וכן הסכים רבינו יואל וכן דנו בקולוניא וכן פסק הר"ס והעיד שכך דנו בימי הקדמונים עכ"ל, הרי דלעיל מינה כתב שהר"ס פסק כראבי"ה והעיד בדבר. וא"כ היאך הביא אח"כ דברי הר"ס שפסק הפך ראבי"ה דהשתא נמצאו תרי פסקי מוהר"ס דסתרי אהדדי. ולפום מאי דפרישנא כוונת הך תשו' דמוהר"ס דבקרקעות בדוקא היא ניחא דלעולם גם מוהר"ס ס"ל כדעת ראבי"ה ודעימיה דסברי דמתנתה קיימת. מיהו לאו לגמרי ס"ל כותיהו דלדידהו אפי' בקרקעות סברי דהמתנה קיימת. אכן דעת מוהר"ס מודה במקצת הוא דדוקא במטלטלין קיימת אמנם בקרקעות לא וכמו

שהוכיח

אשה גובה מהם, ופסקם הטור א"ה סי' ק' יע"ש. הרי לך דאפי' במטלטלין שגבו היתומים לאחר מיתת אביהם ולא שייך תפיסה אפ"ה כתובה גובה מהם כ"ש מטלטלין דישנן בעין דאפי' בלתי תפיסה מהני וזה ברור. ומעתה מאחר שדעת הרא"ש מסכמת דהאידנא גבייא כתובה ממטלטלי אף בלתי תפיסה. דלפי זה גם אם נתנה מתנה מהני אפי' שלא תפסה, וא"כ היאך העלה הפרח מ"א דלא מהני אלא בתפסה הא ליתא דהאידנא אין צורך לתפיסה כלל וכמו שהוכחתי. ושמא תאמר שהרי הרב ז"ל נסתייע מדברי הרשב"א שהביא מרן דמוכח דלא מהני אף האידנא בלתי תפיסה. ולפום מאי דכתיבנא נמלא דהרא"ש פליג אהרשב"א וזה תימא. לזה אודיעך דאחר המחילה רבה מעצמות הרב הנז' ז"ל לא בא אל נכון בכונת דברי הרשב"א שהביא מרן ז"ל דנ"ל דלא נתכון הרשב"א לומר דאפי' האידנא דוקא אי תפסה מהני דהא ליתא דאם איתא דכונת הרשב"א היא להורות לנו דהאידנא נמי בעי תפיסה הו"ל להרשב"א לומר דהאידנא שתקנו וכו' אפי' תפסה מטלטלין מהני ותו לא, ומה לו להרשב"א להאריך בלשונו עוד ולומר ואפי' תפסה לאחר מיתה, אלא ודאי זה יורה דאין כונתו לומר דדוקא בעיא תפיסה אלא כונת מרן שהביא דברי הרשב"א בזה לא בא אלא כלפי מ"ש מקודם לזה דברי רבינו ירוחם שכתב דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני כאשר ירי' הרואה שם ביתה יוסף. וכלפי זה הביא דברי הרשב"א שחלוק הוא עליו וס"ל דהאידנא דכתובה נגבית ממטלטלי אפי' תפסה לכתובה ואפי' שהתפיסה היא לאחר מיתה מהניא תפיסתה. וטעם הרשב"א בזה כ"ל נכון דהואיל דלאחר התקנה אין צורך לתפיסה הלכך מהני אפי' לאחר מיתה משום דתפיסה זו לא מעלה ולא מורדת ואין צורך בה דבין תפסה בין לא תפסה האידנא גובה ממטלטלי הלכך לא שייך בה לומר דהוי תפיסה דלאחר מיתה. ולפי זה נמלא שדעת הרא"ש ודעת הרשב"א שוין דהאידנא אין צורך לתפיסה כלל. שוב מלאתי כדברי שהבין כן בדעת הרשב"א כדפי' הרב נתיבות משפט בנתיב כ"ג חי"א דף ש"ט וז"ל ומ"ש רבינו והאידנא שתקנו כתובה ותנאיה ממטלטלין מה שתפסה תפסה כו' שכונתו לומר דהאידנא דתקני כתובה ממטלטלי אפי' תפיסה דלאחר מיתה מהני לכתובה והן הן דברי הרשב"א הביאה הרב מוהריק"א בטא"ה סי' ל"ג וז"ל עכשיו שנהגו לכתוב ממטלטלי וכו' אפי' תפסה לכתובה לאחר מיתה מה שתפסה תפסה עכ"ל, הרי לך דס"ל ביאור דברי הרשב"א כדפי' ולפי דרכו למדנו שגם דעת רבינו ירוחם שוה הוא לדעת הרשב"א דהאידנא אפי' תפיסה דלאחר מיתה מהניא ודלא כדעת הרי"ף שהביא מרן ז"ל.

עוד נ"ל בכונת הרשב"א הנ"ל שבא לאפוקי מהסברא שכתב הריב"ש בסי' ק"ז וז"ל ואי לאו דמסתפינא אמינא שלא אמרו חכמים אלמנה שתפסה מטלטלין למזונותיה מה שתפסה תפסה אלא לדינא דגמרא דמטלטלי לא משתעבדי אבל לאחר שתקנו שמזון ממטלטלי אם תפסה מוליאין מידה, אבל מה אעשה שלא מלאתי מי שכתב כן אבל מדברי הר"מ נר' הפך ולזה לא אסמוך על סברתי עכ"ל, ולדידי חזי לי דלאפוקי מס' זו בא הרשב"א לומר דאף לאחר התקנה תפיסתה תפיסה ואין מוליאין מידה וכדעת הר"מ. ולאו למימרא דדוקא בעי תפיסה אלא כונתו כדכתי' ועיין בכרם שלמה חא"ה סי' ל' מה שעמד על דברי הרשב"א הללו. ויש לי ליישב תמיהתו ולאהבת הקילור לא האדכתי.

ומתוך מאי דכתיבנא קשים אללי דברי הפמ"א במה שהעלה בכונת הרא"ש דהואיל ובלא תפיסה מהני פשיטא דמתנתה מתנה, אמנם ראה ראיתי שם בהרב נ"מ דף הנז"ל דס"ל כן דלענין מתנה לא מהני אלא א"כ תפסה שכתב וז"ל ואע"ג דהאידנא גובה ממטלטלי ואפי' לא תפסה נפקא מינא טובא במה שתפסה לכמה מילי חדא שאם יש ב"ח מוקדם וקדמה היא ותפסה. ועוד נפקא מינא לתפסה ולא נשבעה ונתנתם לאחר ומתה כמ"ש לעיל עכ"ל, ובזה מלאתי מנוח לתירוץ הרב פרח מטה אהרן ז"ל.

ואשר אני אחזה לי ליישב הני תרי תשו' הרא"ש כאשר יורוני מן השמים נראה לי בעניותי ליישבן בחדא מתרי גוני. זה ילא ראשונה והוא במה שיש לדקדק דבשאלה הב' נקט אלמנה שנתנה מנכסי בעלה וכו' ואילו בבאלה הא' לא נקט כהאי לישנא אלא ונתנה מהם ואמאי שינה בלשונו ולא נקט בלישניה מנכסי בעלה ולכן נ"ל עפ"י מ"ש הריב"ש בסי' קס"ט וז"ל אבל מלד אחר יש לזכותו שאם יש בנכסים ההם מטלטלין שהיו מנדוניתה והם בעין לא היתה היא לריכה שבועה בחייה ונוטלתן בלא שבועה דהכי אמרינן בריש פ' אעפ"י מטלטלי ואיתנהו בעינייהו בלא שבועה וליתנהו בעינייהו איכא פלוגתא התם ומסקנא בלא שבועה וכו' עד ואע"ג דההיא דריש פ' אעפ"י איירי כשיחדן לה הבעל לאחריות כתובתה, הרי כל שאין מנדוניתה הרי הן מיוחדין לה שהרי יכולה לומר כלי אני נוטלת ואין הבעל יכול לסלקה בדמים משום שבח בית אביה כר' יהודה דס"ל הכי בפ' אלמנה לכ"ג וקי"ל כותיה עכ"ל הנלרך לנו, עוד העלה שם הריב"ש דה"ה אם נמכרו נכסי נדוניתה ולקחו אחרים בדמיהן דנוטלתן בלא שבועה. ואתה תחזה להרא"ש שם בפ' אעפ"י שהעלה שאף אם נגנבו או נאבדו אינה לריכה שבועה וכפי' רש"י וכ"כ הטור א"ה סי' ל"ח יע"ש. המורם מזה דבמטלטלי הנדוניא העלה הריב"ש דמתנתה מתנה ואפי' שנמכרו וקנו אחרים תחתיהם. ועפ"י זה נ"ל לפרש כונת הרא"ש ז"ל בתשו' הא' באשה שנשאה ונתנה וכו' שהעלה דבמטלטלין מתנה קיימת דמיירי בנותנת מנכסי נדוניתה ומיירי שנשאה ונתנה בהם שנמכרו וקנו אחרים תחתיהם להרויח והלכך העלה דמתנתה קיימת במטלטלין הואיל והיא עלמה נוטלתן בלא שבועה הלכך זכו מהם בהם מקבלי המתנה אבל בקרקעות לא הואיל ולריכה שבועה, ובתשו' הב' דקדק הרא"ש ז"ל לומר אלמנה שנתנה מנכסי בעלה להשמיענו שאינו מנדוניתה אלא דוקא מנכסי בעלה ואז ודאי לריכה שבועה הלכך העלה שאינה מתנה אפי' במטלטלין הואיל ונתנתם קודם שבועה אין מתנתה כלום.

ואם לחשך אדם דאם איתא דבתשו' הא' מיירי בנותנת מנדוניתה א"כ אמאי בקרקעות לא מהני הא כל טעמא דבנדוניא מהני העלה הריב"ש ז"ל משום דיכולה לומר כלי אני נוטלת משום שבח בית אביה, ולדעת הריב"ש בתשו' סי' נ"א הרואה יראה דאף בקרקעות יש בהן משום שבח בית אביה ויכולה לומר כן יע"ש. וא"כ אמאי כתב הרא"ש דבקרקעות אינה מתנה.

אף אתה אמור לו מי שלבו נוקפו אומר כן דאיברא שגם הרא"ש סובר כן דאף בקרקעות יש בהם משום שבח בית אביה כדעת הריב"ש ז"ל וכדמוכח מדברי הרא"ש גופיה בכלל ל"ח סי' ב' עיין עליו. אכן מדברי הרא"ש שם בכלל ההוא סי' ו' שמעינו ישוב לזה שכתב וז"ל שאלת שהמנהג הוא כשהאשה מכנסת קרקע לבעלה היא נותנת שטר מתנה עליו והוא כותב לה שט"ח על עלמו וקורין לאותו שט"ח נידוניא וכו' אם יש לו דין נכסי לאן ברזל או כדין שאר נכסים דידיה, והשיב דפשיטא דאין לו דין נל"ב אלא חשוב כנכסיו יע"ש.

אתה הראית לדעת דלפי המנהג אשר נהגו אף במכנסת קרקע בנדוניא ס"ל להרא"ש דאין לו דין נל"ב אלא הרי הוא כנכסים דידיה אמור מעתה דלכך העלה הרא"ש דבקרקעות אין מתנתה מתנה ואפי' שהוא מנדוניתה ודבריו סובבים הולכים עפ"י המנהג אשר נהגו דלפום

הך

האחין להביא ראיה דומיא דשטרות הואיל ואינן דברים העשוים להשאיל ולהשכיר כנ"ל ברור בכונת התוס' והרא"ש והמרדכי שהביא דבריהם מוהר"ס ז"ל וכמ"ש מוהרשד"ס לחלוק על שכנגדו כנ"ל עיקר. וכ"כ המרדכי בשבועות פ' כל הנשבעין וז"ל ובפ' המקבל דרבא אפיק זוגא דסרבלא וכו' בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר וכו' פירש"י הכא וז"ל ודוקא ספרא דאגדתא שאין אדם עשוי ללמוד בו תמיד אבל שאר ספרים אינם עשוים להשאיל ולהשכיר וכו' ויכול לומר ,לקוחין הם בידי ואין לכתוב עליהם שטר מכירה אלא לרותא דמלתא וכו' עד מוהר"ס ור"ת ז"ל אומרים דבכל הספרים עשוין להשאיל ולהשכיר וכו' יע"ש, הרי שפירשו דדוקא בעשויין להשאיל ולהשכיר הוא דעל היתומים להביא ראיה. דון מינה דהא בכל מטלטלין שאין עשוים להשאיל דינם שוה לשאר אונות ושטרות וכדכתי' וממה שיורה ע"ז בפי' כונת התו' הוא מדברי מוהר"ס שהביא המרדכי כאן דף הנז"ל שהעתיק דברי התו' אות באות. ואם איתא דס"ל כמ"ש הס"ך בכונתם שדעתם לחלק בין אונות למטלטלין א"כ קשיין דברי מוהר"ס אהדדי שהרי אחר שהביא המרדכי דברי התו' בשם מוהר"ס דף רכ"ד סמוך להם הביא תשו' מוהר"ס ז"ל שנשאל על ראובן נשא לאה והוליד ממנה חנוך ודינה ומת ראובן ולא נשבעה על כתובתה והלכה לאה ונשאת לשמעון והכניסה לו חמשים זקוקין כסף וספרים שהיו של בעלה ראובן וכו' אחר זמן מתה לאה ובא חנוך וערער על שמעון לאמר כל מה שהכניסה לך אמי שלי הוא. והשיב שאע"ג דאמרינן אחד מן האחין שהיה נושא ונותן וכו' ולא היתה נאמנת לומר נפלו לי בירושה מ"מ כיון שמתה על חנוך בנה להביא ראיה דאמרינן התם ומודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה וכו' זהו תורף דבריו יע"ש באורך. ואם איתא דס"ל למוהר"ס פי' דברי התוס' כמ"ש הס"ך דבמטלטלין על היתומים להביא ראיה, א"כ יקשה דהרי בתשו' זאת שטענת חנוך היה על המטלטלין כמוזג בשאלה וא"כ היה לו לדון דעל שמעון בעלה להביא ראיה הואיל ובמטלטלין היא ונמצאו לפי דברי הס"ך דקשיין דברי מוהר"ס אהדדי. אלא ודאי עכ"ל דס"ל למוהר"ס בכונת התו' דמ"ש דעל היתומים להביא ראיה אינו אלא דוקא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר וכדפי' ובהכי עלו דברי מוהר"ס על נכון שאפי' שהעתיק דברי התו' הנז' פסק בהך תשו' דעל חנוך להביא ראיה דס"ל דאף בשאר מטלטלין דינן שוה לאונות ושטרות. וכן יש להוכיח עוד מתשו' אחרת דמוהר"ס הביאה המורדכי ריש פ' חזקת דף רי"ג ע"ב בתשו' המתחלת ונשאל לר"מ באלמנה שרח בת אשר וכו' והתשו' ארוכה מארץ מדה יע"ש ובסוף התשו' ההיא כתב וז"ל ושאר דברים העשוים להשאיל ולהשכיר ואמר לקוחין הם בידי אינו נאמן וכו' ואפי' כי מתה על היתומים להביא ראיה עכ"ל הנצרך לנו יע"ש באורך. ואם כדברי הס"ך הו"ל לחלק בין מטלטלין לאונות ושטרות ולומר דבכל המטלטלין אם מתה על היתומים להביא ראיה ומה לו להזכיר דברים העשוים להשאיל ולהשכיר אלא ודאי דס"ל דבכל מטלטלין נמי דינן שוה לאונות ושטרות זולתי בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר דאז על היתומים להביא ראיה וכדאמרן כנ"ל ברור ופשוט בדברי התוספות וכדעת מוהר"ס ז"ל. ובזה מלאנו סעד למוהרשד"ס ז"ל במ"ש לחלוק על שכנגדו דיש לו אילן גדול על מה לסמוך הוא מוהר"ס ז"ל. וכן נמי י"ל לדעת הרא"ם דס"ל כשיטת מוהר"ס רבו דגם במטלטלין על האחין להביא ראיה ודינן שוה לאונות ושטרות כל שאין עשוים להשאיל ולהשכיר. ומעתה דברי הס"ך וראיותיו אין להם על מה שיסמוכו ואדרבא דעת כולם שוה דמטלטלין דינן שוה לאונות ושטרות ודברי קיש מי שכתב יחידאה היא, ועל פי זה עינך הרואות דאזדא לה תמיהת הרב פרח מ"א הנז"ל שתמה על תירוץ מוהרי"ט ז"ל דאין כאן תימה ועלו ובאו דברי מוהרי"ט במ"ש לדעת הרא"ש חוקים כראי מוצק כנלע"ד להלין בעד מוהרי"ט ז"ל.

אבן דברי הרב פ"מ בח"ב סוף סי' פ"ז הם עומדות לנגדינו שהוא העלה מתוך דברי התו' דדוקא באונות ושטרות על האחין להביא ראיה אבל לא במטלטלין ותמה על רבינו ירוחם דאמאי הביא סברא זו בשם יש מי שכתב כנר' דיש חולק והלא סברא זו היא מוסכמת מהתו' והרשב"א והריב"ש הרי דס"ל ביאור דברי התו' כמ"ש הס"ך ולכן לי אני הדיוט נר' לי דאין זה מן התימה כלל דלא זכר שר למוהר"ס דפליג וס"ל דגם במטלטלין דינן שוה לשטרות וכמ"ש לעיל מדבריו. וגם רבינו ירוחם גופיה בנתיב כ"ג ס"ל כן כנז"ל. וגם מדברי הריב"ש והרשב"א שהביאו דברי התו' אין מדבריהם הוכחה כלל דיש לפרש דבריהם דס"ל ביאור דברי התוס' כדכתיב' דדוקא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר הוא דעל היתומים להביא ראיה וכדעת מוהר"ס ומוהרשר"ס ז"ל וכמו שהארכנו בזה. ועוד שהרי הרב פ"מ בעצמו בסי' ס' דף קי"א לא חייש לס' היש מי שכתב וז"ל וכ"ש שנראה מדברי רבינו ירוחם הביא דבריו מרן בח"מ סי' ס"ב נר' שס מדבריו שיש מי שסובר דלא מיבעיא באונות ושטרות אלא אף במטלטלין על האחין לסביא ראיה עכ"ל יע"ש, הרי לך שהפ"מ גופיה חש לה לסברת הסוברים דמטלטלין דינן שוה לשטרות וכמ"ש לעיל בשם מוהרשד"ס וחזרו דברי מוהרי"ט נכונים וברורים.

ואנכי חזון הרביתי להרב פרח מטה אהרן שם ובכמה מתשו' בירר לו דרך לעצמו ביסוב שתי תשו' הרא"ש הנז"ל וז"ל והנלע"ד בדברי הרא"ש דבתשו' הא' שכתב דמהני במטלטלין מיירי שתפסה המטלטלין בכתובתה ומן הדין מהני לה והוית גביתה גביה ואין מוציאין מידה וכמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י סי' נ"ג ז"ל כתב הרשב"א עכשו שנהגו לכתוב מטלטלי ומקרקעי וכתובה גובה אפי' מן המטלטלין אפי' תפסה לכתובה אפי' לאחר מיתת הבעל מה שתפסה תפסה ולזה כתב הרא"ש שאם נתנה מטלטלין הללו מתנתה מתנה וכו' והשהא מ"ש בתשו' הב' וכו' מיירי שנתנתם בקנין למקבל המתנה ולא תפסה אותם ולהכי לא מהני המתנה כיון דלא זכתה בהם עכ"ל. ואחר המחילה רבה מכתר דבריו עלמו לי מאד דאיך איפשר דבתשו' הב' מיירי בלא תפסה דמשמע הא אי תפסה מהני והלא ראית הרא"ש היא מדברי רבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה ואי אקדים אז זבין לאו כלום הוא. והתם אפי' בתפס מלוה לא מהני כיון דמכאן ולהבא הוא גובה, ועוד דלפי תירוצו נמלא דס"ל להרא"ש דאף לאחר תקנת הגאונים לא מהני אלא א"כ תפסה. ותימה דמדברי הרא"ש גופיה נר' איפכא דס"ל דלאחר התקנה אף אם לא תפסה מהני שהרי כתב בריש פ' אלמנה ניזונית אמימרא דאלמנה שתפסה מטלטלין למזונותיה מה שתפסה תפסה וכתב עלה הרא"ש וז"ל והאידנא דתקינו רבנן כתובה אפי' במטלט' כיון דמזוני תנאי כתובה הוא ותנאי כתובה ככתובה דמי ניזונית נמי ממטלטלי בין תפסה בין לא תפסה הרי לך דהרא"ש ס"ל דמן התקנה ואילך לא בעי תפיסה למזונות ומינה נפקא דגם לענין כתובה האידנא כן הוא דהא תלי טעמא דמזוני משום דהוי תנאי כתובה וככתובה דמי הרי דבכתובה נמי ס"ל הכי דלא בעי תפיסה וזה ברור.

ואם נפסך לומר דדוקא גבי מזוני הוא דקאמר הרא"ש דמהני בלתי תפיסה האידנא אבל לא לכתובה. הרי הרא"ש גופיה בפ' יש נוחלין כתב דהאידנא דתקינו הגאונים דב"ח וכתובה גבו ממטלטלין אם גבו היתומים מטלטלין בחוב אביהם הרי הם כמקרקעי וב"ח וכתובת

אשה

דאף אי נימא דמתנתה מתנה הואיל והמתנה הוא סך מועט מסכי כתובתה אין תפיסתו מועלת אלא עד שיעור הסך שנתנה לו ולא יותר כי במותר לא שייך מיגו. הן עתה יורינו המורה לצדקה כדת מה לעשות אם יש בטענתה ממש להוציא מיד התופס או לא ושכמ"ה.

תשובה הנה ידי יד כהה פס ידא די כתבא. חזו דאתא גברא ערטילאי ולרש אין כל אב"א קרא אב"א סברא לא ידענא מאי אידון בה, ומה גם כי השיגוני עונותי וחשכו הרואות מקורות הזמן בוגד וירדוף עד חובה. מלתא כדנא נפתח בגדולים הרי ישראל המה המורים ואני אנא אני בא. אכן סעיפי ישיבוני הא למיגמר והאלקים חשבה לטובה היתי לי דלא מזיגנא רישא אבי סדיא עד דמהפיכנן בזכותיהו דרבנן קדישי לפי השג ידי עני ואביון כמוני כי היכי דלמטי שיבא, ידי לעוסיקן יולאות וחולות על רזה דנא להחויא משמיא מיהבא. על חלות למרנא דבשמיא יאזרני חיל להגות בתורתו בנח ואל מכה אבוה דאבא. רחמנא לשזבן משגיאות ויוריני את הדרך אלך בה. ע"ד אמה ולדק ויאורו עיני ברות מבינתו למאיר ובא. כי"ר וזה החילי בס"ד.

ראשית אמרי אחלקה שלם לשלשה חלקים בסעיפיה פוריה, חלק ראשון במתנת האלמנה קודם שנשבעה, חלק שני במיגו דשייך לב"ד, חלק שלישי בתופס לב"ח ועל פיהם יתבררו הדברים וה' אלקים יעזור לי. וטרם כל אניף ידי אל החלק הראשון בס"ד ואען ואומר דבמתנת האלמנה קודם שנשבעה איכא פלוגתא דרבוותא כמ"ש הגאון מוהריק"א ז"ל בא"ה סי' ל"ו דלדעת הרי"ף וכמה רבוותא מתנתה מתנה בין במקרקעי בין במטלטלי. ולדעת מוהר"ם אין מתנתה מתנה אפי' במטלטלין, ידעת הרא"ש בכלל ן' שקול דבסי' ז' ס"ל דבמטלטלין הויא מתנה, ובתשו' אחרת כלל הנז' סי' ח' סתם דאין מתנתה מתנה ולא חילק אלמא דס"ל כדעת מוהר"ם רבו, והרב בעל הטורים שם חילק בין מטלטלין לקרקעות כדעת אביו דסי' ז' וצריך לתור ולדעת מאי חזה דסמך אהא ולא סמך אההיא דסי' ח'. וליישב דעת הטור צריך טרם הכל ליישב שתי תשו' הרא"ש הנז' שלא יהיו נראין כסותרות זו את זו. וכבר עמד עליהם מרן הקדוש בב"י סי' הנז' ותירץ שני תירוצים יע"ש ועל שני התירוצים קרא תגר שני גדולי אחרונים ה"ה מוהרי"ט בשניות חלק א"ה סי' מ"ד. והרב פרח מ"א בח"א סי' ע"ו הלא בספרתם יע"ש, ומוהרי"ט ז"ל העלה כישוב ב' תשו' הרא"ש הנז' דלעולם דעתו ז"ל דאין מתנתה קיימת אפי' במטלטלין וכמ"ש בסי' ח' הוא העיקר. וההיא דסי' ז' דקאמר דבמטלטלין מתנתה קיימת דבריו ברור מללו דמיירי באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית דטענינן ללוקח דנכסים הללו משלה הם שנפלו לה ממקום אחר זהו תורף דבריו יע"ש, ורואה אנכי כי שני נביאים נתנבאו בסגנון אחד הוא הרב ב"ח בסי' הנז' הלין כן בעד הרא"ש ז"ל יע"ש. ולא ידעתי לדבריהם מה יענו לדברי הטור בנו ז"ל שחילק בין קרקע למטלטלין והעיקר חסר שלפי דבריהם הי"ל דדוקא באשה הנושאת ונותנת היא הא לאו הכי לא.

וחזו הוית להרב פמ"א בסי' הנז' קרא תגר על תירוץ מוהרי"ט וז"ל ויש להפליא ע"ז דלפי דבריו כמלא הרא"ש פליג על סברא א' הביא ר"י במישרים נתיב כ"ו ח"ב וז"ל ויש מי שכתב דאם מת המטלטלין בחזקת האחין דלא דמו לאונות ושטרות וכו' הרי דבמטלטלין על היורשין להביא ראיה ולא דמי לשטרות וכו' וא"כ אמאי קאמר הרא"ש דזכה מקבל המתנה והניחו בל"ע, והפלאה זו לע"ד לא ידעתי מה טיבא דגברא אגברא קא רמית ואימא דהרא"ש חולק על יש מי שכתב וס"ל דאף במטלטלין אם מת על האחין להביא ראיה דאטו מר בריה דרבינא

חתום עלה שלא יוכל לחלוק עליו. תדע לך שהרי רבי' ירוחם גופיה שהביא ס' יש מי שכתב, הוא בעצמו אין סברתו כן שהרי בנתיב כ"ג חלק י"א כתב וז"ל אלמנה הנושאת ונותנת בתוך הבית והוא שטרי מכירות או הלואות יולאות על שמה ואמרה וכו' הינה נאמנת וכו' עד ואם מתה אפי' אין חלוקה מהם על היתומים להביא ראיה וכו' עד והוא הדין מטלטלין דינן כשטרות אם נמלאו בידה שקנאם. ויש מי שכתב שאם מתה שהמטלטלין בחזקת יתומים ול"ד לשטרות זולתי בחיה עכ"ל יע"ש. הרי לך דהגם דבנתיב כ"ו לא הביא זולת סברת היש מי שכתב, בנתיב כ"ג שנה ופירש דהוא חלוק וס"ל דאף במטלטלין דינם שוה לשטרות. ומאחר דרבינו ירוחם גופיה חלוק הוא על סברת יש מי שכתב א"כ גם אנו נאמר כן לדעת הרא"ש דחלוק הוא על סברת יש מי שכתב וס"ל כדעת רבינו ירוחם, וא"כ הפלאה זו לא ידעתי מה טיבא דמי גילה לו להרב הנז' שהרא"ש לא יחלוק על ס' יש מי שכתב מאחר דיד הדוחה נטויה לומר דשמא חלוק הוא וס"ל כדעת רבינו ירוחם כאמור אחרי כן ראה ראיתי למרן הב"י בח"מ סי' ס"ב הביא ס' יש מי שכתב הנז"ל אלמא דמרן ז"ל מיחש חיש בה.

ונתתי אל לבי לתור בחכמה לדיעה ס' זו מאיזה מקום מוצאה אם יתידתה היא או לאו. וראיתי לש"ך בסי' הנז' ס"ק י"ז את מקורה הערה כי ס' זו היא מוצאת מדברי התוס' בבתרא דף כ"ב אהך מימרא דאחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית כתבו שם בד"ה ומודה לי אב"א ויש לומר וכו' עד ונראה דרב מודה במאי דאפיק רבא זוגא דסרבלא מיתמי ולרב פפא דפריך מינה נר' לו לדמותה לאונות ושטרות ע"כ. ומינה הוכיח הש"ך את ס' יש מי שכתב שכתב וז"ל וכן מוכח עוד בתו' והרא"ש ומרדכי וריב"ש שם ממ"ש לתרץ אתקפתא דרב פפא דלא דמי למאי דאפיק רבא זוגא דסרבלא מיתמי ולא טענינן ליתמי וכו' מטעם הנ"ל יע"ש, וכן כתב חכם א' בתשו' מוהרשד"ם בח"מ סי' קס"ד ומוהרשד"ם חלק עליו בדברים שאינן נראין לפע"ד עכ"ל הש"ך יע"ש באורך, ובודאי כונת הש"ך רצויה דס"ל פי' דברי התוס' דע"כ לא אמרו דאם מת על האחין להביא ראיה אלא דוקא באונות ושטרות הואיל ויוצאין על שמו אבל בשאר מטלטלין כגון זוגא דסרבלא על היתומים להביא ראיה ובהכי מתרצא אתקפתא דרב פפא הרי דשאני להו בין אונות ושטרות למטלטלין וכן כתב המרדכי שם בשם מוהר"ם ז"ל שהעתיק דברי התו' אות באות יע"ש דף קנ"ד ע"ג וגם הרא"ש הביא תירוץ התו' יע"ש. אלמא דסברא זו של יש מי שכתב היא מוסכמת מהתו' והרא"ש והמרדכי ז"ל, גם הרב פ"מ בח"ב ס"ס פ"ז הוכיח כן, מדברי התו' הנז' והריב"ש יע"ש. ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת מצאנו מקום להפלאת הפמ"א שהיא נשגבה מאד, וביותר יגדל הכאב על מוהרי"ט מס' הרא"ש גופיה והתו' והמרדכי הנז' דס"ל הכי לחלק בין אונות למטלטלין וא"כ איך מוהרי"ט נעלמה מזיו חכמתו כל הסברות הנז', שוב מצאתי להרב הגדול כמוהר"ר חסדאי הכהן הובאו דבריו שם בפמ"א בחלק הנז' סי' י"ז שהחזיק כן הקושיא על מוהרי"ט והניחו בתימה יע"ש.

ואני בעניי הכינותי את לבי להליץ בעד מוהרי"ט ז"ל דס"ל דפי' דברי התוס' שכתבו וי"ל וכו' עד ומודה רב במאי דאפיק זוגא דסרבלא וכו' אין כונתם לחלק דבכל המטלטלין על היתומים להביא ראיה. דלעולם ס"ל דדין המטלטלין שוה לאונות ושטרות דאם מת על האחין להביא ראיה וכמ"ש רבינו ירוחם גופיה כנז"ל. אלא כונתם רצויה דדוקא בזוגא דסרבלא וספרא דאגדתא שהם דברים העשוים להשאיל ולהשכיר הוא דמודה רב דעל היתומי' להביא ראיה אבל בשאר מטלטלין גם רב ס"ל דעל

האחין

ליה מבי רב לשמואל ילמדנו רבינו יצא עליה קול מראשון ובא אחר וקדשה קידושי תורה מהו בלא להו תצא והעמידו הדבר על בוריו והודיעוני וכו' לא מצאו הדבר על בוריו מהו אמר ר' הונא מגרש ראשון ונושא שני אבל מגרש שני ונושא ראשון לא, מ"ט אתי למימר מחזיר גרושתו מן האירוסין. ופירש"י אתי למימר מחזיר גרושתו דאמרי ע"י שגרשה ראשון תחלה קדשה שני ועכשיו חוזר ומחזירה ע"כ. וכן פסקו כל הפוסקים הרי"ף והרא"ש והר"מ פ"ט והטור א"ה סי' מ"ו כהך אוקמתא דמגרש ראשון ונושא שני ולא ההפך יע"ש. ולכאורה היה נראה ג"כ בכ"ד דיגרש הישראל ותשאר עם היבם ולא ההפך כדי שלא יאמרו מחזיר גרושתו מן האירוסין.

אבן אחרי ראותי דברי הטור סי' הנז' שכתב וז"ל ודוקא שקדשה השני ולא כנסה אבל אם כנסה אסורה לו אחר שגירשה הראשון שכיון שמצריכין אותה גט מראשון הרי היא בחזקת שהיתה אשתו ונמצא שבא עליה השני בזנות ואסורה עליו עולמית וכתב מרן שפשוט הוא וכן פסק בשולחנו הטהור סי' מ"ו יע"ש. ומדברי הטור הללו יצא לידון מוהריק"ו שורש פ"ד שנשאל על אודות אשה א' שקדשה ראובן בתנאה והיא קבלתה בשתיקה והלכתה ובאו לפני המורה והתיר האשה בלא גט והלכה ונשאת לאחר הטעה מוהריק"ו התשו' וז"ל מכל הני טעמי נ"ל דבר פשוט הוא דיש לחוש להני קידושי דתנאה אתה ואם נבעלה לשני פשיטא דתצא מזה ומזה וצריכה גט מזה ומזה וכו' ואל יטעה אדם במ"ש בטור א"ה סי' ל"א קדשה בדבר שאין בו שוה פרוטה הרי אלו ספק קידושין ואם קדשה אחר וכו' יגרש ראשון ונושא שני דפשיטא דהתם איירי כשאין שם אלא קידושין אבל היכא שבא עליה השני טרם גירושי הראשון הרי נאסרה על הראשון מספק כדין אשת איש שזינתה תחתיו וכשם שנאסרה לבעל נאסרה לבועל וכו' והביא ראיה מדברי הטור הנז"ל שכתב אבל אם כנסה אסורה לו יע"ש, גם מרן הב"י א"ה סי' ל"א הביא דברי מוהריק"ו הנז' יע"ש. ובשולחנו הטהור העתיק דבריו הרב המפ"ה יע"ש. והגם שמרן בשולחנו לא הביא דברי מוהריק"ו ז"ל נ"ל דלא הוצרך להביאם להיותם דברים פשוטים. ועוד נ"ל שהדברים ברורים מאליהם שדעתו כמוהריק"ו ממ"ש וי"א שאם ילדה משני ולא גירש ראשון הולד כשר והיא ס' הרמ"ה המוזכרת בטור כאשר יראה הרואה. וממה שהביאה בשם י"א אלמא דסברתו היא בסתם דהולד נמי פסול כ"ז שלא גירש ראשון והטעם ודאי דהואיל ונבעלה קודם הגירושין מלבד דאסירא עלויה גם הולד פסול וזה ברור. גם הרא"ש כלל לו' סי' י' על ראובן שגירש את אשתו ואחר כך נתיחדה עמו בעדים ואח"כ הלכה מן העיר וקבלה קידושין משמעון והיא פילגשו והשיב דמן הדין בעיא גיטא מן הראשון והלכך השני שנתקדשה לו לשם פילגש קודם שיגרשנה הראשון ושהתה עמו לשם פילגש בודאי בא עליה ונאסרה עליו כיון שהיא אשה משום יחוד של ראשון וצריכה גט משניהם ואסורה לשניהם עכ"ל. ועיין במוהרדב"ז במודפסות סי' רל"ה דמתבאר מדבריו דכל שנשאת תצא מזה ומזה ואפי' שהיה בהוראת חכם שהורה לה להתיר אפ"ה צריכה גט מזה ומזה, וזה מסכים הולך לס' מוהריק"ו בסי' הנז"ל דהעלה דאפי' דהאשה נשאת עפ"י הוראת חכם כיון שהיתה הוראה בטעות אין זה אונס והלכך תצא מזה ומזה ונסתייע מהסוגייא דפ' האשה רבה יע"ש. ואיברא שראיתי להרשב"א בתשו' סי' אלף קפ"ט הביאה מרן הב"י סס"י י"ז על אשה שנתן לה המשודך טבעת וחשבה שלא היו קידושין והלכה ונשאת והשיב שאשה זו מקודשת גמורה לראשון ותצא מזה ומזה וא"ת אנוסה היא שלא ידעה שתהא אסורה להנשא, הא ליתא דהו"ל למידק. וא"ת מיכל איך הותרה לדוד התם אנוסה גמורה היתה וכו' עד א"כ התם טעות גמור של הוראה היא שהורו לה ב"ד של שאול במלוה ופרוטה דעתו אמלוה ועל הוראה זו נסמכה וטעות כזה באונס הוא עכ"ל, הנך רואה שדברי מוהריק"ו והרדב"ז הם נגד דברי הרשב"א וכבר נתעורר ע"ז הרב כנה"ג בא"ה בהגהתו לטור א"ה סי' י"ז דף נ"א אות תקל"ט האריך הרחיב למעניתו להסכים דעת הרשב"א עם דעת מוהריק"ו וגם שם אות ת"ר הסכים דעת הרדב"ז בתשו' סי' ל"ט עם דעת הרשב"א אכן הך תשו' דסי' רל"ה לא הזכירה, ונ"ל להסכימה לדעת הרשב"א דשאני בנדון הרדב"ז דלא חשיב אונס הוראת החכם. משום דהתם המורה לא טעה בדין דהוראתו נכונה היתה אילו לא היה שם יבם וכששאלו למורה לא סיימוה קמיה שהיה לו יבם ולכן הוראתו נכונה היא אך האשה ששאלה הדין מאת המורה העלימה ממנו שהיה לה יבם ונמצא שהיא גרמה להטעות לדיין להורות שלא כדין מסיבתה ולכן כל כי הא פשיטא דלא חשבינן ליה אונס להתירה משא"כ במיכל שב"ד של שאול טעו בעיקר הדין וטעו בהוראה והילכך חשיב ליה שפיר אונס כנ"ל ברור.

כלל העולה מזה שדעת כל המורים היא שכל שהלכה ונישאת קודם שנתגרשה מן הראשון דתצא מזה ומזה וכשם שאסורה לבעל אסורה לבועל, וגדולה מזו העלה מוהרם"ך ח"א סי' כ"ב דאף שלא נבעלה לשני אלא שנתיחדה עם השני דאסורה לזה ולזה יע"ש. והנה כי כן בכ"ד שנתקדשה לישראל והוה בעיא חליצה כדי להתירה לו וכל עוד שלא חלץ לה הוא בעיא גיטא מהיש' והיא הלכה ונתיבמה ליבם דהדבר פשוט דאסירה לתרויהו ותצא מזה ומזה וכל הדברים האלו בה כנלע"ד פשוט להלכה ולמעשה לס' הרמ"ה.

אך אמנה נסתפקתי באשה זו שנתקדשה לישראל דמדינא בעיא חליצה להתירה לו. וקודם שחלץ לה יבמה מת הישראל שקדשה והיה לו אח ונשארה זקוקה לו מה דינה אם מותרת להתיבם לשני אחר שיחלוץ הראשון או אם נאמר דהואיל ולא חלץ לה היבם הראשון אין עליה שום זיקה לשני, עיין עא"ה סוף סי' מ"ד.

[א"ה ע"כ נמצא וחבל על דאבדין].

ישראל מאיר מזרחי.

סימן ו'.

תפיסה לכתובת אלמנה.

שאלה ראובן הרחיק נדוד לארץ מרחקים להסתחר וישב שמה ימים כימים וביני ביני נפטר לב"ע חל"ש. ואלמנת ראובן מנתה שליח בהרשאה ללוי אחי ראובן העומד שם לגבות לה סכי כתובתה מאשר השאיר בעלה אחריו וחששה האלמנה שמא יהיו לבעלה שם בעלי חובות אחרים ולא יניחו את שלוחה לגבות משום תופס לב"ח במקום שחב לאחרים. אי לזאת נפשה לשאול הגיעה לרבנן סבוראי לדעה מה יעשה לה ויורו המורים עלה ההוגנת שתתן לשלוחה סך מה מכתובתה מאשר יגבה ובזה ליכא תופס לב"ח וכו' משום דמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לאלמנה. ואעפ כן במימר קדישין ויהי כאשר תפס לוי שלוחה גלבו כמו גד ב"ח בעלה ראובן הנז'. וטענו דאין בתפיסת השליח כלום דאין זה מיגו דבשלמא אם ראובן בעלה היה חייב ללוי והיה זוכה לעצמו בשביל חוב ראובן ניחא, אמנם עתה דבא לתפוס מכח מתנת האלמנה אין זה מיגו וחזר הדין לתופס לב"ח וכו'. עוד טוענין דאין במתנת האלמנה כלום כל זמן שלא הגבו לה ב"ד את כתובתה אינה יכולה ליתן מנכסי בעלה כלום ואין במתנתה ממש, עוד טוענין:

דאף

עפ"י עד אחד דאין דבר שבערוה פחות משנים.

ואנכי הרואה דיש לדוחה לדחות דהיינו דוקא בעת החליצה דבעי' שנים אבל כל שכבר חללה מעקרא בפני שני עדים תו מכשר אח"כ על פי עד אחד והביא ראיה הדוחה ממ"ש התו' ריש פ"ק דגיטין אההיא דנאמן לומר בפני נכתב וכו' ופריך עלה לבעי תרי מידי דהוה אכל עדויות שבתורה ומשני עד אחד נאמן באיסורין וכתבו התו' ד"ה עד אחד נאמן וכו' הקשה ר"ת מה תשובה היא זאת עקר הגט יוכיח שצריך לחתמו בשנים, ותירצו דבכה"ג דעקר הגט כבר נעשה בשנים ושוב אין צריך אלא גילוי מלתא לידע אם לשמה נכתב הלכך מהני עד אחד זת"ד יע"ש הכי נמי בנ"ד דכותה דכל שכבר נעשה עקר החליצה בפני שנים מהני אח"כ עד אחד דאינו אלא גילוי מלתא זו היא דחית הדוחה. והשבתי לו אדרבא משם ראיה דזה אינו אלא דרך דחיה שהרי פריך אח"כ אימור דאמרינן עד אחד נאמן כגון חתיכה ס' חלב וכו' דלא אתחזק איסורא אבל הכא דאתחזק איסורא דאשת איש הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים, ומכח זה מוקי לה דטעמא הוי משום דרוב בקיאין יע"ש. אמור מעתה דבנ"ד נמי הואיל ואתחזק איסורא דזקוקה ליבם ודאי הוי דבר שבערוה ואין פחות משנים להתירה, ואפי' שהיו עדים בתחלה כשחלצה כל דלא ידעינן בבירור שחלצה מפי שני עדים כשרים האידנא ודאי דאין להתירה על פי עד אחד וכל שכן על ידי אשה דלא מהני כנ"ל, כן נראה לי לדון להלכה ולמעשה, וצור ישראל יצילנו משגיאות ויורינו מתורתו נפלאות ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי. כה דברי מעתיר לאל צור מבטן גוחי.

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

סימן ה'.

דין שומרת יבם.

שאלה שומרת יבם מעוברת שילדה ולד מת לט' חדשים בשערו וציפורניו אי שריא ליבומי או כימא דדוקא חולצת ולא מתיבמת ושכמ"ה.

תשובה אל ה' ויאר לנו כיר"א. מלתא כדנא חזי הוית דנפתח בגדולים, דהנה דעת מרן בשולחנו א"ה סי' קנ"ו לפסק הלכה היא כדעת הר"מ בפ"ק מה' יבום וכל הנלוים אליו רובא דמינכר הרשב"א וסיעתיה דכל שהולד לא יצא חי לאויר העולם ולא ידעינן בודאי שכלו לו חדשיו אף דילדה לט' אינו קרוי ולד כלל והרי היא זקוקה בין ליבום בין לחליצה. וכן הלכה רווחת בישראל כדעת הר"מ ולא נמצא חולק בזה זולתי ס' הר' פרץ והביאם מורם במפ"ה בשם י"א דאם נולד מת חולצת ולא מתיבמת. והשתא כלל מסור בידינו בפסקי מרן דכל שכותב סתם יאח"כ יש אומרים הלכה כסתם. כ"ש כאן דמרן ז"ל פסק כדעת הרמב"ם ז"ל וסיעתו דודאי דאליו אנו שומעין מאחר דפשטו הוראותיו בכל הפזורות ישראל ואנן הספרדים רובא דרובא אזלינן בתר פסקיו ולא בתר פסקי מור"ם זולתי לפרקים, אמנם כאן מאחר דעמודי ההוראה הורו להתירה ליבום ולא נמצא זולתי ס' הר' פרץ וגם מור"ם הביאה בשם י"א והואיל ויחידאה היא ודאי דאית לן למיזל אחר פסק מרן המוסכמת מרוב בנין ורוב מנין רובא דמינכר הר"מ וסיעתיה ומותרת להתיבם. כן היה נר' לכאורה לדון.

אמנם ירא אנכי להחליט הדבר כן אחרי ראותי לשלשת הרועים לציונן של ישראל אשר בית ישראל נכון עליהם המה המורים ראשון לציון מוהרשד"ם א"ה סי' כ"ח ומוהריב"ל ח"ג סי' מ"ד ומוהרח"ש בקונטרים המודעה סי' מ"א אחרי אשר נשאו ונתנו והאריכו למעניתם ולבסוף חשו לס' הר' פרץ ונרתעו לאחריהם והורו לדון דחולצת ולא מתיבמת. גם מוהר"א ששון בתשו' סי' כ"ז וסי' כ"ט חשש לס' הר' פרץ מחמת דברי מוהרשד"ם ומוהריב"ל יע"ש. ומוהרש"ך ח"ג סי' י"ט נר' דחייש לס' הר' פרץ, והנה כי כן אחרי דגובא דאריוותא חשו לס' הר' פרץ לענין מעשה מי ישית ראשו לחלוק נגד עמודי ההוראה ובודאי דחולצת ולא מתיבמת והאריכות בזה להג הרבה ויגיעת בשר.

אך אמנה דרך אגב בהיותי קורא ושונה בפרק זה על מה שפסק הר"מ פ"ב מה' יבום דין כ"א על יבמה שילדה ולד שלא כלו לו חדשיו ומת בתוך ל' יום שדינה שתחלוץ מספק מדבריהם כמו שביארנו אם הלכה ונתקדשה לאחר קודם חליצה חולץ לה יבמה ותשב עם בעלה ואם נתקדשה לכהן שהוא אסור בחלוצה אינו חולץ לה יע"ש ודבריו הם לקוחים מהש"ס פרק החולץ דף ל"ו ואמרו שם דטעמא דמלתא דגבי זר דשרי בחלוצה. לכך חולץ לה יבמה, אבל גבי כהן כיון דרבנן ס"ל דולד מעליא הוא הלכך לא תחלוץ דכרבנן עבדינן זהו תורף הש"ס יע"ש. נמצא דהך ולד לגבי ישראל לא חשבינן ליה ולד מעליא דקי"ל כרשב"ג דס"ל דכל שלא שהה ל' יום כפיקא הוי. וכתב הטור בא"ה סי' קס"ד יבמה שילדה אחר מיתת הבעל ומת הולד בתוך ל' וכו' אם עמדה ונתקדשה לשוק אם לישראל נתקדשה חולצת ואם לכהן נתקדשה וכו' לא תחלוץ וכתב הרמ"ה דאם נתיבמה כיון דספיקא הוה אין מוציאין אותה ממנו. ולא נהירא דהא טעם דשרינן לכהן משום דסמכינן אדרבנן דאמרי אעפ"י שלא שהה הוי בר קיימה והיא מותרת לשוק וא"כ אדרבה מהאי טעמא נמי תנא מיבם דלרבנן הוי בר קיימא והיא אשת אחיו שלא במקום מצוה עכ"ל הטור ז"ל. ומרן הב"י הליץ לתמיהה זו וז"ל ולהרמ"ה נ"ל שהוא סובר דלא הוי טעמא משום הכי דכיון דקי"ל דהלכה כרשב"ג לא חיישי' לרבנן אלא טעמא הוי משום דלא מפקינן לה מיניה מספיקא וכו' יע"ש, ולא זכיתי להבין דברי מרן דמאחר דהש"ס קאמר בהדיא גבי כהן דטעמא דלא תחלוץ הוא משום דכיון דרבנן סברי דולד מעליא הוא כרבנן עבדינן. א"כ היכי קאמר מרן כיון דקי"ל דהלכה כרשב"ג לא חיישינן לרבנן והא תלמודא קאמר איפכא ואיך הרמ"ה יחלוק על תלמוד ערוך לומר דלא חיישינן לרבנן וכעת הדברים קשים לע"ד. והגם דהר"מ סוף פ"ב דיבום כשפסק דין זה כתב הטעם משום דהוי ספיקא איני נגד הש"ס. אלא דס"ל דמ"ש גבי כהן דטעמא הוי כיון דרבנן סברי וכו' כרבנן עבדינן אינו משום דהלכה כותיהו אלא מאחר דרבנן ס"ל הכי גבי כהן חשו לס' רבנן מספיקא ולהכי לא תחלוץ אבל דברי מרן שכתב בדעת הרמ"ה דלא חיישי' לרבנן הא ודאי קשיא כדאמרן, מיהו לס' הרמ"ה דס"ל דגם בנתיבמה אין מוציאין אותה ממנו מספקא לן אם נתקדשה לישראל בעיר זאת ושוב הלכה למקום אחר שהיה היבם שם ונתיבמה ושוב נודע שנתקדשה קודם לכן לישראל מי מהם יפטרנה בגט היבם או הישראל שקדשה תחלה כימא ליה שיגרשנה על מי מהם מוטל החיוב לגרש ולהתר ספק זה טרם כל אקדים דמאי דאמור רבנן דאם נתקדשה לישראל תחלוץ מוכח מזה דהקידושין תלוין ועומדין עד שיחלוץ היבם וכל עוד שלא חלץ לה אסירא לישראל אף שקידשה משום סברת רשב"ג דס"ל דכל שלא שהה ל' יום ספיקא הוי ואפשר שולד מעליא הוא או לא והואיל וכן כל עוד שלא חלץ לה קידושין קידושי ספק נינהו ולאו קידושין גמורים ומאחר דדיינינן להו כקידושי ספק נ"ל לדון בנ"ד דהלכה ונתיבמה דתלא מזה ומזה ואסירא לתרויהו, ומדמינן לה לההיא דאמרינן בגיטין פ' המגרש אמר ר' ירמיה בר אבא שלחו

ליה

לפי' התו' שכתבו דלאו דוקא שנים אלא אפי' ביחיד הכשירו, ניחא דהוצרך לומר דאין הלכה כאותו הזוג דכיון דלית הלכתא כותיהו איך עבד עובדא ביחיד דאי הוה הלכתא כותייהו הא לאו יחידאה היא. אבל לפרש"י קשיא כדכתיבנא. ולזה יש ליישב לפירש"י דמאי דנקט הש"ס ההיא דאין הלכה כאותו הזוג לאלומי הקושיא נקטיה דאפי' בשנים שהכשירו ר"ש ור"י אמר רב יוסף בר מניומי דאינה הלכה כ"ש ביחיד דפסולה וא"כ איך עבד עובדא ביחיד וק"ל. ואל יקשה עליך לפי' התו' דהיכי קאמר הש"ס דיחידאה קתני לה. והלא ר"ש ור"י נמי מכשירין ביחיד ולאו דוקא שנים, הא לא קשיא דמאחר דנקטי בלשונם ור"ש וריה"ס מכשירים בשנים איכא למימר דוקא שנים ולא אחד ולהכי קאמר דיחידאה קתני לה דהוא מעשה דר' עקיבא דהכשיר ביחיד בהדיא ודוק. משא"כ בדברי ר"ש ור"י דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי וק"ל. אך מאי דקביא לפי גירסת התוס' שכתבו דלאו דוקא שנים דמשמע דביחיד נמי מכשירי ממ"ש בש"ס דף ק"ה ע"ב אפסקא דחללה בשנים אמר רב יוסף בר מניומי אין הלכה כאותו הזוג והא אמר רב נחמן חדא זמנא אמר רב יוסף בר מניומי חליצה בג' צריכי דאי אתמר הך קמיתא הוה אמינא הכי מילי לכתחלה אבל דיעבד אפי' תרי קמ"ל אין הלכה כאותו הזוג וכו' יע"ש. ואם איתא דאותי הזוג מכשירי ביחיד ושנים לאו דוקא אכתי איכא למימר דבדיעבד מכשירי בשנים ומה שאין הלכה כאותו הזוג היינו ביחיד אבל בשנים כשר בדיעבד ומאי צריכותא עביד הש"ס, וילע"ד ליישב לזה דהתוס' מאי דנקטו לאו דוקא היינו לומר דבין בשנים ואפי' ביחיד נמי מכשירי דלדידהו שנים או אחד הכל שוין להכשיר, וא"כ כדקאמר הש"ס אין הלכה כאותו הזוג היינו לגמרי בכל מאי דמכשירי ל"ש בשנים ל"ש ביחיד לית הלכתה כותיהו הילכך שפיר עביד הש"ס צריכותא דמדקאמר אין הלכה כאותו הזוג היינו דאפי' בשנים בדיעבד לא מהני דאין סברא לומר שמאמר אין הלכה היינו ביחיד ובשנים דמתנו בהדיא יהיה הלכה זה אינו וק"ל.

והתי"ט בפי' המשנה עדיפא ליה פי' התו' שפי' דלאו דוקא בשנים וכו' מפירש"י. ונימוקו עמו ממאי דסמיך ליה במתני' ומעשה בא' שחלץ וכו' והכשיר דלפי' התוס' דאף ביחיד מכשירין, המעשה הלז אינו מעשה לסתור אלא סעד לסברת ר"ש ור"י דמכשירי אף ביחיד ושפיר, אבל לפי פירש"י שפי' דלא הכשירו אלא בשנים הך עובדא הוי מעשה לסתור זת"ד התי"ט עם שבאו דבריו במלות שונות זהו כונתו כאשר יר' הרואה ולבבו יבין ודוק, ולדידי חזי לי לקיים הגירסא דגרסי' בדברי רש"י ור"י מכשירין בשנים, שבאו לומר דוקא בשנים הוא דמכשירין אבל אם נמצא אחד מהם קרוב ופסול מודו לת"ק דפסיל. ולאו מטעם דהו"ל שנים כאשר פרש"י, אלא טעם אחר להם דהו"ל כעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מטעם זה הוא דפסלי ר"ש ור"י כנ"ל לקיים הגירסא ודוק.

ומידי עומדי ראיתי לעמוד במ"ש הר"מ פ"ד דיבום דין י"ו וז"ל חלצה בלילה או שחללה בפני שנים וכו' חליצתן פסולה וכן אם חללה בפני יחיד ואפי' בינו לבינה ובלילה ה"ז חליצה פסולה, וראוי לדקדק דלכאורה נר' דהך שפסק בסיפא וכן אם חללה בפני יחיד וכו' ובלילה דהוי משנה שאינה נריכה ושפת יתר, דהשתא אם אפי' בשנים פסק ברישא דפסולת כ"ש ביחיד, ומה נורך למהדר ולמתנייה, וכן הא דבלילה שכתב הוא ללא נורך דהא תני לה ברישא, עוד יש לדייק במ"ש וכן אם חללה וכו' ואפילו בינו לבינה דלכאורה נר' דהו"ל למנקט איפכא וכן אם חללה בינו לבינה ואפי' ביחיד דהוי לא זו אף זו, אבל השתא דנקט ביחיד תחלה והדר בינו לבינה הוי זו ואצ"ל זו, ולא זו הדרך. ועוד דהאי אפי' דנקט לא מיתבא שפיר, אמנם כראותי היטב הידק נתחוורו אללי כשמלה חדשה ואין בהם נפתל ועקש וכל דבריו בדיוק נמרץ ומילי מילי קתני. דמתחלה השמיענו דינא דמתני' שדעתו לפסוק כתנא קמא דמתני' דפסל בשנים או בשלשה וכו' ובסיפא השמיענו רבותא דלא תימא דוקא בשנים הוא דהוי חליצה פסולה אבל ביחיד. ואינך שאר אינה חליצה כלל לפוסלה על האחין וריח חליצה אין כאן אלא אפי' חללה ביחיד הויא חליצה פסולה נוסף על זה דאפי' בחללה בינו לבינה ובלילה דהוו תרתי לגריעותא לא תימא דאינה חליצה כלל, אלא אף בזה הויא חליצה פסולה. וההבדל שיש באומרו אינה חליצה. למאמר חליצה פסולה עיין בדברי רבינו פ"ד דיבום דין כ"ו ומשם באירה. והא דפסל רבינו בחללה ביחידי ואינך נפקא ליה מעובדא דרבא בר חייא דפ' מלות חליצה דף ק"ד דאמר שמואל עלה כמה רב נוכריה וכו' דאלמא דס"ל דהוי חליצה פסולה ודוק.

וראיתי להלח"מ עמ"ש רבינו ואפי' בינו לבינה כתב וז"ל ומ"ש רבינו דהוי חליצה פסולה בינו לבינה אע"ג דמתני' לא קאמר אלא בשנים כבר כתבו שם התו' דר"ש דמכשיר בשנים דלאו דוקא בשנים ולא נקט שנים אלא משום עדות וה"ה בינו לבינה עכ"ל יע"ש. ולכאורה דבריו נריכים ביאור דאיך הביא מדברי התו' ראיה לרבינו דהלא התו' קיימי לשיטת ר"ש ור"י דמכשירין ומה ראיה לסברת רבינו דפסל, אך כונתו מבוארת דמאחר דלדברי התוס' ס"ל דר"ש ור"י דמכשירי הוא אפי' בינו לבינה ולאו דוקא שנים א"כ לדידן שפסק רב נחמן דאין הלכה כאותו הזוג כנז"ל הרי הדין יוצא לפסול בכל מאי דמכשירי ואפי' בינו לבינה כנ"ל ביאור דבריו וק"ל. אך הא קשיא לי במ"ש שכתבו התו' דלאו דוקא שנים וכו' וה"ה בינו לבינה לא ידעתי מנ"ל הא בכונת התוס' דהתו' לא קאמרי אלא דלאו דוקא שנים וכו' וכונתם דאפי' ביחיד מכשירי אבל בינו לבינה מנ"ל דיסברו להכשיר נימא דבבינו לבינה אדרבא אינהו סברי דאינה חליצה כלל ולא פסלה על האחין וא"כ מנ"ל לרבינו לומר דבבינו לבינה הוי חליצה פסולה, והנראה ליישב בזה הוא ממאי דסמיך במתניתין אחר דברי ר"ש ור"י ומעשה באחד שחלץ בינו לבינה וכו' דנראה שמביא סעד לסברת ר"ש ור"י כמו שכתבתי לעיל בשם התי"ט. מכאן ראיה שהם הכשירו אפי' בינו לבינה כי היכי דלא תיקשי לן מעשה לסתור כנז"ל, דון מינה לדידן דקי"ל דאין הלכה כאותו הזוג דמכשירי אלא דהויא חליצה פסולה כנ"ל ודוק, ומ"מ במה שהקשה הלח"מ מנ"ל להר"מ לפסוק דבבינו לבינה פסולה נ"ל דנפקא ליה מעובדא דרבא בר חייא דעבד עובדא במוק וכו' ואמר שמואל עלה כמה רב גובריה וכו' ומפרשי' דקשיא ליה יחידי. דיחידאה קתני לה דתנן מעשה שחלץ בינו לבינה וכו' יע"ש. משמע מכאן דחליצה ביחיד ובינו לבינה דינן שוה לפסול, דאי לאו הכי מאי קשיא מיחיד להך דחללה בינו לבינה לימא דביחידי כשר ומתני' מיירי בחללה בינו לבינה אלא ודאי עכ"ל דתרויהו שוין וחד דינא אית להו ומדקאמר דיחידאה כיהו אלמא דאין לפסוק להכשיר אלא בתרויהו הויא חליצה פסולה כנ"ל ברור ודוק.

תבנא לדיננא דהנה אמאי דתנן מעשה באחד שחלץ בינו לבינה פרכינן עלה מנא ידעינן ומוקי לה בעדים וכתב הרב נמוקי יוסף ז"ל בינו לבינה מוקי לה בגמרא ועדים רואים אותם מבחוץ משום דאפי' מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום דאין דבר שבערוה פחות משנים וכיוצא בזה שלהי פרק יש נוחלין בבעל שאמר גרשתי את אשתי אסיקנא ז"ל חוש לה וכו' יע"ש. הרי לך דכל שאין עדים שנים שחללו אינה חליצה ומינה לנ"ד דליכא עדים דודאי אין להאמין ע"י אשה ואפי'

עפ"י

הכי הרי אתחזק גביה דההוא סהדא מפומא דהאי קרוב או מפומא דהאי אתתא דהאי ניהו פלניא וכו' הילכך שרי ליה לסהדא למסמך אפומייהו ולמסהד עלויה דההוא גברא או עלה דההיא אתתא בין לענין איסורא ובין לענין ממונא וכו' והכונה לומר דהעד או העדים הבאים לפנינו ששמעו מפי הקרוב או מפי האשה דאינהו נינהו ומעידין למה ששמעו ומהני עדותן בין לממון בין לאיסור ומתוך הדברים הללו הוכיח בדעת הרי"ף כמ"ש הריב"ש דמיירי שהאשה והקרוב הם המדברים שלא בשעת מעשה זת"ד מוהריב"ל יע"ש. דבר הלמד מזה לפי פי' מוהריב"ל שפי' בדברי הרי"ף ז"ל דמהני העדאת עדים ששמעו מפי אשה או קרוב שזאת האשה וזאת היבמה להעיד עליהם בב"ד בין לענין איסור דהוא היבם ולהתירה בחליצה ובין לענין ממון להוריד ליבם בנכסי אחיו המת. והטעם דסמכינן אפומייהו דאשה או קרוב משום גילוי מלתא בעלמא הוא. ובזה נוחין דברי מרן הב"י הנז"ל שכתב בדעת הרא"ש והרשב"א והנלוים דמהני בהכרת איש ואשה בין בענין איסור בין בענין ממון כנז' שהכונה לומר שהשומעים מפיהם שזה האיש או האשה סומכין עליהם ומעידין השומעין עליהם בין לענין איסור בין לענין ממון הא ראיה מיבום דהוי דבר איסור ואפ"ה העדים ששמעו מפי האשה והקרוב דהוא אחוהי דמיתנא והיא היא היבמה מעידין על פיהם בין לענין איסור בין לענין ממון כדבר האמור ונמצא לפי זה שדעת מרן נוטה בפי' דברי הרי"ף כסברת מוהריב"ל שהבין כן בפי' דעת הרי"ף ז"ל .

ודרך אגב אמרתי ליישב דברי הרי"ף בפ' החולץ במה שסיים אחר זה ודוקא היכא דליכא חששא דחשדא אבל היכא דאיכא חששה דחשדא לא מיבעי ליה לסהדא למסהד בין באיסור בין בממון עד דבדיק בהדי אחריני דאמרינן בגט פשוט ההוא תברא וכו' עד צ"מ לאו ארחיה למידק ואמרי' נמי אמר אביי האי צ"מ דאזיל לקדושי אתתא נדבר עם הארץ בהדיה דילמא מיחלפי ליה מיניה וכו', ואראה מראות אלקים למוהר"מ חביב בחיבורו לאבן העזר בס' גט פשוט סי' ק"ך ס"ק י"ד בפסקה המתחלת כתב הרי"ף בפ' החולץ וכו' הביא לשון הרי"ף הנז' ותמה עליו תרי תמיהי חדא דאיך חתם ר' ירמיה בההוא תברא דההיא אתתא על פי אשה או קרוב כיון דאיכא חשדא דאחלופי. שנית במ"ש הרי"ף עד דבדיק בהדיה אחריני דאם כונתו לומר דהיינו עפ"י שני עדים א"כ היאך מייתי ראיה מההיא דאמרו נדבר ע"ה בהדיה אלמא דבעם הארץ שמוליך עמו די וא"כ אין צריך שני עדים ודי בע"א וכיון דדי בעד אחד אפי' גבי צ"מ ותו ליכא למיחש דילמא מחלפה ליה מיניה מה לי אשה וקרוב דבכל דוכתא דאנו מכשירים עד אחד אנו מכשירים אשה וקרוב וע"כ דברי הרי"ף צ"ע עכ"ל יע"ש באורך .

ואני בעניי אחרי נשיקות עפרות זהב לו איני רואה שום קושי בדברי הרי"ף ואפרש שיחותי בע"ה. דלמה שתמה דאיך חתם ר' ירמיה בההוא תברא עפ"י אשה או קרוב. הנה רשב"ם ז"ל השמיענו פירוקא דהאי מלתא שכתב בפ' גט פשוט בעובדא דההוא תברא שפי' במ"ש אנא נמי אמרי להו לאו איהי היא וכו' וז"ל אף אנא אמרי להו לסהדי החתומים עמי על השובר שאינה אותה האשה שחתמנו על שוברה והדין עמה והם השיבו לי שטעיתי במה שנשתנה והוחלף קולה והדין עמהם וכבר התקבלת כתובתיך עכ"ל, הודיענו בזה שמלבד חתימתו היו התומים עוד עדים אחרים. והשתא נ"ל שבודאי, דע"י אשה או קרוב חתם הוא אך העיקר היה לפי שהיו עמו אנשים אחרים ואפשר שהיו עמי הארצות דדייקי בצורת הנשים וע"י שהם דייקי סמך וחתם לומר דהגם דאיהו צורבא מרבנן ולא דייק ודילמא אתו לאחלופי מ"מ העדים החתומים עמו דדייקי בה וידעי צורתה דהיא ניהי עליהו סמך ולכן חתם לסי' דאינהו דייקי בה וכן היה דאחר שאמר דלאו איהי אמרו לו עדים החתומים עמו דהיא ניהי ומיקם הוא דקשה ובגר לה קלה לו' שאתה לא דקדקת להיותך צורבא מרבנן אך אנו דקדקנו יפה והיא היא ולכן הודה לדבריהם ואמר והדין עמהם מאחר שהם דקדקו בצורתיך ולא אני. וזהו שכתב הרי"ף דהיכא דאיכא חששה דאחלופי לא מיבעי ליה לסהדי למסהד עפ"י האשה עד דבדיק בהדיה אחריני רצונו לומר שיהיו אחרים עמו עמי ארצות דבדקי בנשים ובצורתן, והביא ראיה לזה מההיא עובדא דתברא דלא חתם ר' ירמיה אם לא שהיו אחרים עמו דבקיאי ובדקי יפה טפי מיניה ובזה אין צריך שיהיו שנים אלא אפילו בעם הארץ אחד שיהיה עמו סגי כמ"ש נדבר עם הארץ בהדיה משום דבדיק ודוקא ע"י העם הארץ הוא דמהני אבל לא על פי אשה וקרוב משום דלא סמכינן עליהו דחיישי' לאחלופי ואין לסמוך עליהו כלל כנ"ל ביאור דברי הרי"ף דלדקו מאד וסרו מהר תלונות כמוהר"מ חביב ודוק. ואל יקשה עליך דנמצא דע"י עדים חתם ולא עפ"י אשה וקרוב וזה שלא כדברי הב"י הא ליתא דלעולם בין ר' ירמיה בין שאר העדים חתמו ע"י העדאת אשה וקרוב שהעידו שזו היתה אשת פ' אך ר' ירמיה לא סמך עליהן בחתימתו זולתי על שאר העדים שנתנו טביעות עין באשה ההיא שהועד עליה אשה וקרוב דהיא היא והם דקדקו בצורתה ועליהו סמך ר' ירמיה דבקיאי בה ואורחיהו למידק וכדפי' ודוק .

זאת תורת העולה שהרי מלינו למוהריב"ל בתשו' הנז"ל מסיק דראוי להחמיר כסברת הריב"ש ושלא לסמוך אעדות אשה או קרוב אלא דוקא שלא בשעת מעשה ולא בשעת מעשה. והנה כי כן חזר הדין בב"ד דהוי בשעת מעשה דמאן ספין ומאן רקיע למעבד עובדא הפך אבי התעודה אשר הורה זקן מוהריב"ל ז"ל שלא להקל בשעת מעשה ולכן ודאי דאין לסמוך בב"ד אעדות אשה כלל, נוסף על זה דאפי' לדעת מרן לא הכשיר אלא בעדות דהכרה דסמכינן עליהו ואפי' דהוי איסור וממון, אבל בעדות כיולא בב"ד שבאה להתירה לעלמא אין לסמוך על אשה זולתי בעדות מיתה ובמקומות שהכשירו דוקא אבל בשאר עדיות לא דהיכא דאמור רבנן דסמכינן עליהו אמור והבו דלא להוסיף עליהו, וכטעמי תרילי דכתיבנא לעיל.

עוד נלע"ד להביא ראיה לנ"ד שלא להכשיר כי אם דוקא ע"י שני עדים ואמינא לה מדתנן בפרק מצות חליצה דף ק"ד חלצה בשנים או בשלשה וכו' חליצתה פסולה ר"ש ור' יוחנן הסנדלר מכשירין ומעשה בא' שחלץ בינו לבינה בב"ה ובא מעשה לפני ר' עקיבא והכשיר ע"כ. ואני טרם אכלה לדבר למאי דאתינא עלה אגיגה נא מאי דהוינא בה קט מזער. דרש"י ז"ל אמאי דתנן ור"ש מכשירין פירש ול"ג בשנים דהא בשנים עסוק ת"ק ע"כ, והתו' דף ק"ה ע"ב כתבו ר"ש ור' יוחנן מכשירין בשנים ולאו דוקא שנים אלא לשון עדות בעלמא נקט שנים עכ"ל יע"ש, והוינא בה לפירש"י דל"ג בשנים וכו' כנראה דס"ל דלא הכשירו ר"ש וריה"ס אלא דוקא בשנים ולא ביחיד. ויש לדקדק עליו מההיא דאמרו שם דף ק"ד ע"א רבא בר חייא עבד עובדא במוק ביחידי בלילה אמר שמואל כמה רב גובריה דעמיד כיחידאה וכו' ואמרי' דיחידי קשיא ליה היכי עביד ביחידי וכו' דתנן חלצה בשנים וכו' ורש"י ור"י מכשירין וכו' עד ואמר רב יוסף בר מניומי אין הלכה כאותו הזוג ע"כ, ואי כפי' רש"י דס"ל דלא הכשירו אלא בשנים צ"ל להקשות ממ"ש דאין הלכה כאותו הזוג דמשמע מינה דאי הלכה כאותו הזוג לא הוה קשיא ליה, והלא אפי' דתהוי הלכתא כותיהו תיקשי ליה דהרי הם לא הכשירו אלא דוקא בשנים ולא ביחיד לפי פירש"י ז"ל. ובשלמא

לפי'

הרי"ף אלא שלא בשעת מעשה אבל בשעת מעשה לא וכמו שהביא ראיה מוהרשד"ם לחילוק זה מהסוגיא דהעגל כנז"ל, דודאי לדעת זה גם בכ"ד אין להכשיר עדות האשה כיון דהוי בשעת מעשה אין להאמינה כלל ומכ"ש בעד ששמע מפי החולץ שחלץ לה דודאי אין להכשירו כיון דהוי עד אחד ומפי השמועה ואינו עד ראיה דודאי הרי הוא בטל ומבוטל ואין בו ממש. אלא אפי' לדעת החולקים וס"ל דמכשרינן עבד ושפחה אפי' בשעת מעשה ואפי' באיסור וממון כיון שהוא מלתא דעבידא לגלויי כמ"ש הר"מ אעפ"י כן הרי הריב"ש ז"ל בסי' קנ"ה גילה לנו שאין כל דבר עשוי להגלות שוין בגדר אחד דלא מכשיר הר"מ אלא דוקא בדבר שהוא מפורסם ועתיד ליגלות מיד בודאי כההיא דקידוש החדש וטפרא פרסאה וכן זה אחיו של פלוני וזו יבמתו שדבר זה כבר ידעו בו רבים ונוכל לחקור הדבר מיד כי אם אחיו הוא כבר מוחזק כן בעיר בהנהו ודומיהן מכשירינן עפ"י עד אחד וקרוב ופסול ובעידי מיתה שמעיד שמת בעלה התם כיון שאינו דבר מפורסם ואין בידינו לגלותו לא מהימנינן ליה אלא בהצטרפות טעם דדייקא ומנסבא יע"ש. והואיל וכן בכ"ד דאין הדבר ודאי עתיד להגלות ואינו מפורסם אצלינו, וגם טעמא דדייקא ומנסבא אינו כ"כ ברור דאדרבא איכא למימר זמנין דסניא ליה ליבם דמטעם זה החמיר הרא"ש שלא להכשיר עד אחד ביבמה והגם דרבו החולקים עליו כנז"ל מ"מ מדי ספיקא לא נפקא וכיון שכן הדר דינא בכ"ד דלא חשיב דבר העשוי ליגלות בודאי ואין להכשיר עדות האשה ומכ"ש עדות האיש דהוי עד שמיעה ולא עד ראיה ודאי דאין בעדותו ממש להתירה לעלמא בלתי שני עדים שיעידו בדבר.

ובעמדי קורא ושונה בפרק זה הוגד לי מפי כתב יד קדוש מדבר ושמו לא נודע לי הוקשו בעיניו דברי הרא"ש אהדדי דבפ' גט פשוט בההוא עובדא דההיא תברא דהוה חתים עלה רבא בר רב חנן וכו' אמר אביי וכו' צורבא מרבנן לאו אורחיה למידק וכתב הרא"ש שמעינן מינה דלהיכר איש ואשה סומכין על פי עד אחד ואפילו קרוב ואשה דמלתא דעבידא לאיגלויי היא מידי דהוה ביבם להכיר שהוא אחיו מן האב וכ"כ בנמק"י שם בשם הרשב"א והריטב"א ודברי הרשב"א הם בתשו' סי' תרכ"ז יע"ש. והביא כל זה מרן הב"י בא"ה סי' ק"ך יע"ש. ותימא דבסי' קמ"א כתב הטור בא"ה ז"ל השולח גט לאשתו ואין השליח מכירה יתנהו לה עפ"י שני עדים שיעידו בפניו שהיא זאת אשתו ע"כ. וכתב מרן הב"י שכ"כ הרא"ש בפ' כל הגט בעובדא בההוא דשדר גט לדביתהו אמר שליח לא ידענא לה זיל יהבא לאבא בר מניומי וכו' וכ"כ הרשב"א יע"ש. והתימא מבוארת דלמה הצריך שני עדים שיעידו לפניו הלא אפי' בעד אחד אפי' קרוב ואשה סגי וקושיא זו קשיא בין להרא"ש דידיה אדידיה בין להרשב"א. ואיברא דטפ"י תמיהא זו ניחא לי מה שתמה מרן הב"י בסי' ק"ך הנז' על הטור דלמה לא הביא הטור דברי הרא"ש שהכשיר בעד אחד ואפילו קרוב ואשה והניחו בתימא ולפי הדברים הנז' חדא קושיא מתרצן חבירתה די"ל דלפי שראה הטור דברי הרא"ש דפ' כל הגט דלא הכשיר אלא בשני עדים דחה דבריו שכתב בפ' גט פשוט מהלכה וסמך אההיא דפ' כל הגט להלכה ולמעשה ובזה הותרה תמיהת מרן מעל הטור ז"ל. ואל יקשה עליך שהרי הרא"ש הטעם שהכשיר בפ' גט פשוט אפילו אשה וקרוב דדימהו לההיא דיבם דמכשרינן בהיכר קרוב ופסול וכן פסק הטא"ה סי' קנ"ז וקס"ט דבהיכר יבם ויבמה סגי אפילו בעד אחד וקרוב ופסול וא"כ למה בהיכר איש ואשה לא פסק להכשיר בכל הני. הא לא קשיא דבשלמא בהיכר יבם שהוא תלמוד ערוך בהחולץ שאמרו דכשר פסק הטור כן אבל בשאר דוכתי לא והבו דלא להוסיף עלה ככ"ל ביישוב דברי הטור.

אך חל עלינו חובת ביאור דעת הרא"ש והרשב"א דנר' דפלגן בהדייהו כנז' וכ"ל דההיא דמכשרי אפילו ע"י קרוב ואשה בהכרת איש ואשה מיירי בשמות בלבד דכבר מכירין גוף האיש ותוארו וכמו כן גוף האשה בלבונה וקומתה. רק שמם לחוד הוא דאין מכירין. אמטו להכי בהכרת שם איש ואשה סגי לן בעד אחד ואפי' בקרוב ואשה דמלתא דעבידא לאיגלויי היא וכן ההיא דיבום הוא שכבר מוחזק בעיר דהוא ניהו, אך קמי בי דינא אכתי לא אתחזק כל כי הא דאינו אלא גילויי מלתא בעלמא בהכרה כל דהוא כי הני סגי בעד אחד ואפילו בקרוב ואשה. משא"כ בההיא דהעושה שליח דאין השליח מכיר כלל לא תואר האשה ולא שמה וצריך היכר גמור בין בתואר ובין בשם הילכך לא סגי בעד אחד אלא בעינן שני עדים שיעידו לפניו שזו היא ויש קצת סעד לזה מדברי הרשב"א שהביא הרב המגיד פכ"ד דמלוה שכתב דבהכרת שמות סגי בעד אחד ואפי' ע"י קרוב ואשה אלא דאכתי אינו נוח לי, דהרואה יר' דעיקר דינא דהכרה דסגי ע"י קרוב למדוה מההיא עובדא דההיא תברא דפ' גט פשוט וההיא לא היה מכיר לא פרצוף ולא שם כמ"ש רב חנן אף אני אמרית דלא היא ואמרו לי דקט ועב קלה יע"ש ומשם מקור דין זה אלמא דבהיכר גמור מיירי והדרא תמיהת הסתירה לדוכתה והרציתי הדברים לרב אחי יצ"ו ההוא אמר דהחילוק ברור דמ"ש בסי' ק"ך מיירי דהאיש והאשה במקום כתיבת הגט הם עומדים גם שניהם והלכך בהכרת השם הכשירו ע"י קרוב ואשה דאינו אלא גילוי מלתא הואיל ותרויהו במקומן הם עומדים. משא"כ בההיא דהשולח גט ע"י שליח דהבעל במקום אחד והאשה המתגרשת במקום אחר ואיכא למיחש דלאו היא המתגרשת הילכך בעי דוקא העדאת עדים שיעידו לפניו דהיא היא ולא סגי בעד אחד כלל אלו דבריו יצ"ו, שוב מצאתי לתה"ד סי' רל"ח עמד על זה ויישב כן, ועיין בהרא"נ"ח ח"א סי' פ"ט, ובגט פשוט למוהר"מ חביב סי' ק"ך מה שהאריך בזה ומרן הב"י סי' ק"ך אחר שהביא דברי הרא"ש והרשב"א והנ"י והרב המגיד במ"ש דהכשירו בהכרה עפ"י עד אחד וקרוב ואשה כתב על זה וז"ל ומשמע מדבריהם דבין לענין איסור ובין לענין ממון קאמר דהא אמתני' קאי דמשוה גט לשובר וכו'. וגם ההיא דיבמות איסורא הוא וסגי באשה או קרוב דמילתא דעבידא לאיגלויי הוא ע"כ, ואני תמה עליו דא"כ מהו זה שכתב הרא"ש בפ' החולץ בההיא דיבמות דטעם שהכשירו בקרוב ואשה משום דלאו אמילתא דאיסורא ולאו אממונא קא מסהדי אלא גילוי מלתא בעלמא הוא, והם דברי הרי"ף שהעתיק כמנהגו יע"ש. ואם כדברי רבינו הרי ההיא דיבמות כתב דהוי מלתא דאיסורא. ולדעתו קשין דברי הרא"ש דפ' החולץ הנז'. ובהשקפה ראשונה היה נ"ל דס"ל לרבינו שדברי הרא"ש דפ' החולץ היא שהעתיק דברי הרי"ף כמנהגו וליה לא ס"ל כותיה אלא דאפי' דמעידין במלתא דאיסורא ממש מהני אפי' ע"י אשה וקרוב הואיל וגילוי מלתא בעלמא ופליג אדעת הרי"ף כן היה נ"ל לכאורה. ולא הונח לי דא"כ לא הו"ל להרא"ש להביא דברי הרי"ף סתמה ואם איתא דפליג עליה הו"ל לבאר ולגלות דעתו ולא הו"ל למסתם סתומי, ולכן נטיתי דעתי לדבר הזה באו' אחר והיא זה דהלא לעיל כתבנו מ"ש הריב"ש בכונת דברי הרי"ף דממ"ש דלאו אממונא ולאו לאיסורא וכו' זה יורה דאיירי כשאמרו כן שלא בשעת מעשה דוקא הוא דמהימני כנ"ז לעיל ומוהריב"ל בח"ב סי' מ"ט הראה פנים לדברי הריב"ש מדקדוק לשון הרי"ף שכתב בפ' החולץ וכיון דמודפי ליה

הכי

ברור שהוא הולך בכל פסקיו אחר פסקי הרי"ף כנודע זולתי בההיא דעד אחד ביבמה להתירה לעלמא שנטה דעתו להחמיר שלא כדעת הרי"ף מטעם דזימנין דסנייא ליה ודוק . ב

המורם מזה הוא שדעת הרי"ף ז"ל שלא הכשירו בעדות פסולים בההיא דהכרה אלא דוקא שלא בשעת מעשה אבל בשעת מעשה לא מהימנינן להו. אלא שכתב הרי"ף שאחד שהוחזק כן יכולין להעיד השומעין על זה היבם בין לענין איסור בין לענין ממון שכתב וז"ל וכיון דמודעי ליה הכי הרי אתחזק גבי ההוא סהדא מפומא דהאי קרוב ומפומא דהאי אתתא דהאי ניהו פלניא וכו' הלכך שרי ליה לסהדא למסהד עלויא דההוא גברא או עלה דההיא אתתא בין לענין איסורא בין לענין ממונא וכו' יע"ש.

מיהו מדברי הר"מ ספ"ד מה' יבום לפי הגירסא שהביא הריב"ש בסי' קנ"ה ז"ל אפי' עבד ושפחה או קטן וכו' נאמנין לומר זה הוא פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהם וכן בשאר עדויות של תורה בין בעדות ממון בין בעדות איסור שזה דבר העשוי להגלות ואפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפיהם כענין שביארנו בה' גירושין ע"כ. ומדברי הר"מ הללו למד החכם שכנגדו להכשיר עדות עד אחד ואפילו פסולין בין לממון בין לאסור במלתא דעבידא לאיגלויי והריב"ש ז"ל חלק עליו שאין כל מלתא דעבידא לאיגלויי שוין כי יש דבר שהוא דבר לגלויי דבר מפורסם לכל ועתיד לגלויי בודאי בקרוב כההיא דקדשו ב"ד את החדש שנאמן עד אחד וכן שטרא פרסאה דמקרינן ליה לשני גויים זה שלא בפני זה ומגבינן ביה מבני חרי לפי שזה דבר שלא ישקרו בו מפני שרבים יודעים הלשון וכן בבדיקת סימני נערה שנבדקת על פי נשים וכו' וכן זה אחיו של פלוני וזו יבמתו שדבר זה כבר ידעו בו רבים ונוכל לחקור הדבר מיד כי אם אחיו הוא כבר מוחזק כן בעיר ע"כ. נראה מזה דס"ל להריב"ש בעד הר"מ דאפילו בשעת מעשה מכשרינן להו להעיד משום דהוי מלתא דעבידה לאיגלויי וזה שלא כדעת הרי"ף ז"ל וחלוקים הם וזה ברור .

ובכן קשיא לי על דברי מוהרח"ש בקונט' העיגונא דף א' ע"ג שחלק על מוהרשד"ם ז"ל וכתב שעקר הנוסחא האמיתית בדברי הר"מ היא כמו שהביא הריב"ש וכן בשאר עדויות של תורה וכן יראה שהיא נוסחת הרב המגיד שכתב וז"ל אפי' עבד וכו' בפ' החולץ וכו' ומ"ש רבינו בעדות של ממון מבואר בהלכות שם ובהדיא כתב הרי"ף בפ' החולץ דמהכיא גילוי מלתא בממון וכו' וז"ל וכיון דקי"ל דאשתמודעינהי וכו' וכיון דמודעי ליה הכי הרי אתחזק גבי ההוא סהדא מפומא דהאי קרוב וכו' הלכך שרי ליה לסהדא למסהד עלויא דההוא גברא וכו' בין לענין איסורא וכו' יע"ש, ואני לא ידעתי דהיאך השוה דברי הר"מ לדברי הרי"ף מאחר שחלוקים הם ולא יכונו יחד דאילו לדעת הר"מ אפי' בשעת מעשה מכשיר בין לענין איסור בין לממון מטעם דעבידא לאיגלויי , ואילו לדעת הרי"ף אינו כן דלא הכשיר אלא שלא בשעת מעשה אבל בשעת מעשה לא אלא שכתב דאחר שהוחזק מפי קרוב שזה הוא אחיו של מת אחרי החזקה שרי ליה לסהדא לאסהודי עלויה בין לענין ממון בין לענין איסור. וא"כ אין מוהרח"ש השוה דעת הר"מ והרי"ף אהדדי ולדעתי לא יכונו יחד דחלוקים הם. סוף דבר לא יכולתי להלום דברי מוהרח"ש בזה ולנ"ת דמאחר שראה דברי הריב"ש דסי' קנ"ה איך לא שלטו עיניו במ"ש הריב"ש בסי' קפ"ב בעד הרי"ף דמשם בא"ה כי חלוקים הם .

ומ"מ ממה שכתב הריב"ש בסי' קנ"ה בעד הר"מ למדנו שדעת הר"מ להכשיר בעדות איסור או ממון עפ"י הפסולים במלתא דעבידא לאיגלויי. והוא חלוק על הרי"ף דהרי"ף לא הכשיר אלא שלא בשעת מעשה אבל בשעת מעשה לא כמ"ש הריב"ש בסי' קפ"ב (דלא הכשיר עדות פסולים אלא שלא בשעת מעשה, וכתב על זה ומ"מ קשיא לי בדברי הריב"ש למה לא הביא דברי הר"מ) ולפ"ז אזדא לה התמיהה שתמה כמוהר"א אביוב הובאו דבריו בתשו' מוהרשד"ם לא"ה סי' רל"ט שהביא מ"ש הריב"ש בסי' קפ"ב דלא הכשיר עדות פסולים אלא שלא בשעת מעשה וכתב על זה ומ"מ קשיא לי בדברי הריב"ש למה הביא דברי הר"מ בפ"ד שכתב סתם שאפי' קרוב ועבד ואשה נאמנין ולא חילק בין שעת מעשה לקודם מעשה. ולדידי חזי לי דאין ספק דאשתמטתיה דברי הריב"ש דסי' קנ"ה שהביא דברי הר"מ הנז' ומתוך מ"ש הריב"ש שם אזדו להו כל שאר תמיהות שתמה כמוהר"א אביוב דאיך אפשר שעבד וקרוב יהיה נאמן בשעת מעשה והא תנן בהדיא האומר זה אחי אינו נאמן ולפי דברי הריב"ש דסי' קנ"ה אין תימא שהרי כתב דלאו לגמרי אמרו במלתא דעבידא לגילויי דנאמנין אלא דוקא בעדות דהכרה ודומיהן שמיד עביד לגלויי דהשתא ודאי דבשאר עדות ממון ודאי דלא אמר דמהימני והוא ברור לעין כל ודוק .

ברם פש גבן לבאר מ"ש מוהרשד"ם בסי' רל"ט על דברי כמוהר"א אביוב וז"ל והחילוק שכתב הריב"ש בשם רב אלפס ז"ל בין העיד בשעת מעשה לשלא בשעת מעשה הוא חילוק אמיתי איני חושב יחלוק שום אדם עליו כי הוא תלמוד ערוך ביבמות פ' הערל אמר רבא שתגר חרבו כישמעאלי ואמר כל שאינו שומע הלכה זו וכו' ופריך ומי מהימן והאמ"ר אבא אמר רב כל ת"ח שמורה הלכה ובא קודם מעשה שומעין לו ואם לאו אין שומעין לו ומשני שאני הכא דהא שמואל ובית דינו קיים. וכתבו התו' קודם מעשה וכו' היינו דוקא דהוא עצמו נוגע בדבר כגון יתרא וכו' והיו צריכים הם לאותו עדות אבל אין צריכין שומעין לו אף על פי שלא אמרה אלא בשעת מעשה א"כ נמלינו למדים שחילוק זה אמיתי אי אפשר לחלוק עליו עכ"ד מוהרשד"ם יע"ש. ואין ספק בכונת דבריו דכי היכי דבנוגע לעדות שהוא בכלל הפסולים להעיד חילקו בש"ס בין שעת מעשה לשלא בשעת מעשה . הכי נמי בעדות קרוב ואשה ועבד ושפחה שהם בכלל פסולים לעדות שבכל מקום שנאמר דהוכשרו להעיד כגון בעדות דהכרה ודומיהן יש לנו לדון כמו כן דלא מהני אלא דוקא שלא בשעת מעשה אבל בשעת מעשה לא כנ"ל ביאור דבריו ודוק, ואל יקשה עליך לדעת הר"מ דהכשיר בין לעדות ממון או איסור אפי' בשעת מעשה דנמלא הסוגיא זו מנגדתו. דילע"ד דאדרבא מסוגיא זו יש סעד לס' הר"מ שהכשיר בעדות פסולים במלתא דעבידא לאיגלויי אפי' בשעת מעשה. שהרי כשהקשו בהערל ומי מהימן וכו' תירלו שאני הכא דשמואל ובית דינו קיים. ופירש"י ומלתא דעבידא לאגלויי היא ולא משקרי דמרתת יע"ש , הרי דהימנוהו ליתרא בשעת מעשה אפי' שהיה נוגע בדבר מטעם מלתא דעבידא לאיגלויי. מכאן ראיה לדינו של הר"מ שהכשיר לפסולים להעיד אפי' בשעת מעשה בין בממון בין באיסור מאחר דעבידא לאיגלויי מיד ודוק, וכי תימא דלדעת הרי"ף בעדות דהכרה למה לא הכשיר אלא שלא בשעת מעשה, הרי מהסוגייא הנז' נר' אדרבא דמכשרינן אפי' בשעת מעשה במלתא דעבידא לאיגלויי הא לא קשיא כלל דהרי"ף ז"ל לא חשיב הא מלתא דעבידא לגלויי כלל ואמטו להכי לא הכשיר אלא שלא בשעת מעשה וחלוק הוא על הר"מ כדבר האמור .

ומאחר עלות הדברים הללו הנאמרים באמת תבנא לדיננא לכ"ד דאין להאמין האשה או אפי' עד אחד בב"ד משום מלתא דעבידא לאיגלויי דלא מיבעיא לדעת הרי"ף ז"ל כפי מ"ש הריב"ש ז"ל בעדו דלא הכשיר

הרי"ף

עלה פליגי רב אחא ורבינא חד אמר בעדים וחד אמר אפי' קרוב אפי' אשה והלכתא גילוי מלתא בעלמא הוא ואפי' קרוב ואפי' אשה. הרי דכל היכא דאינו אלא גילוי מלתא בעלמא כשר אפי' קרוב אפי' אשה. וכיון שכן אף הכא בכ"ד דכ"ד שבעיר אחרת אללו לה כראוי. והעדים אינם אלא לגילוי מלתא יש להכשיר עד אחד ואפי' קרוב ואשה.

אף אתה אמור לו מי שלבו נוקפו אומר כן ולא חש לקמחיה דמכאן ראיה לדון דלא מהימנא בלתי עדים. ולהודיעך קושט אמרי אמת ראיתי לברר הדברים ואציגם לפניך. דע דהרא"ש ז"ל כתב דטעמא דמהימני משום דלאו אמילתא דאיסורא ולא אממונא קמסהדי אלא גילוי מלתא בעלמא הוא דהאי גברא הוא פלוני וכו' כאשר הזכרנוהו לעיל. וכמו כן כתב הרי"ף ז"ל בהלכות פ' החולץ דאפי' קרוב ואפי' אשה מהימני דלאו אמלתא דאיסורא קא מסהדי ולאו אממונא קא מסהדי אלא מלתא בעלמא הוא דמגלו דהדין נינהו גברא פלן והא ניהי אתתא פלניתא וכיון דמודעי ליה הכי אתחזק גביה דההוא סהדא ושרי ליה לסהדא למסמך אפומיה ולמסהד עלויה דההוא גברא בין לענין איסורא בין לענין ממונא וכו' יע"ש.

ומדברי הרי"ף הללו נלע"ד למפשט ספק שנסתפק הרב הגדול כמהר"ר יעקב אלפנדרי בס' מוצל מאש אשר הודפס מחדש בס' הנכבד לכמוהר"ר יוסף קלבי ז"ל בסי' ט' ז"ל יש להסתפק ראובן ושמעון שהיה להם דין אחד וכפי טענותיהם היה תלוי אותו דין דרך משל שאם היה לוי חי באותו זמן שטוען זה זכה ראובן בדינו ואם היה מת זכה שמעון ובאו עדים והעידו שהיה חי ועשו מעשה ב"ד ונפסק הדין אחר זמן בא דין אחר כיוצא בזה שהיה תלוי אם היה לוי חי ובא ראובן להוציא מעשה ב"ד הזה שכתוב בו שהיה חי והעדים הם קרובים לזה מהו וכו' עד ואף את"ל דאף בכה"ג קרוב פסול כיון שתלוי הדין בו בכה"ג שכבר העידו על דין אחר שלא היו קרובים לו וכו' מהו יע"ש שהניח הדבר בצ"ע. ולפי דברי הרי"ף הנז' כל דמפשטה ספיקיה דפשיטא דיש להכשיר על פי המעשה ב"ד הראשון כיון דאתחזק בבי דינא שהיה לוי חי וק"ו הדברים דהשתא ומה התם דעקר ההכרה היתה ע"י פסולים לעדות ועכ"ז אחרי אשר הוחזק כן בפני ב"ד שרי להעיד אח"כ בין לענין איסור בין לענין ממון. כ"ש הכא דעקר העדות הראשון היה בכשרים ונעשה מעשה ב"ד בזה דודאי דע"י מעשה ב"ד הראשון עבדינן עובדא להכשיר במעשה השני עפ"י מאי דהוחזק בב"ד במעשה הראשון כנ"ל לדון ולפשוט הספק ההוא.

תבנא לדיננא בההיא דכתבו הרי"ף והרא"ש דטעמא דהכרה דמהימן עד אחד ואפי' קרוב ופסול משום דלאו אמלתא דאיסורא ולא אממונא קא מסהדי אלא גילוי מלתא בעלמא הוא ואחזה מראות אלקים בס' מכתב לאליהו סי' ל"ה דף ס"ו עמד על זה וז"ל ולכאורה אין דבריו ז"ל מובנים דאיך קאמר דלאו אמלתא דאיסורא קא מסהדי הרי אם אינו אמת דהאיא אחוה דמיתנא הוא אין כאן חליצה ונמצאת יבמה ניתרת לשוק בלא חליצה וכו' והוא ז"ל נדחק לפרש שדברי הרי"ף הם דברי הר"מ שחילק בין עדות דהכרה לעדות שבגוף המעשה כגון פלוני הרג או לוה דהתם אין אותו המעשה אלא לשעתו ואם אינו אמת אינו עומד להגלות דמאי דהוה הוה ברם עדות דהכרה הוא בדבר שעומד והולך לעולם והוי עשוי להגלות והיינו דקאמר דלאו אמלתא דאיסורא קא מסהדי ולאו אממונא כלומר אינן מעידין שעשה שום איסור או שלוה שום ממון שהו מעשה לשעתו ואינו עומד להגלות אלא גילוי מלתא בעלמא הוא דמגלו לן דהדין גברא הוא פלן והוא דבר עומד לעולם שנוכל לעמוד על אמיתתו בכל עת

שנגלה וכו' יע"ש. ותמה עליו כמהר"י נבון שזה הפך דברי הנ"י בפ' מצות חליצה אההיא דאסיקנא דאמר רבא אין חולצין אלא אם כן מכירין. והקשה הנ"י דלמה בעי הכרה מאי שנא מההיא דפ' האומר דתנן קידשתי את בתי ואיני יודע למי קידשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתיה דנאמן ליתן גט דאין אדם חוטא ולא לו. ותירץ דשאני התם דליכא למיחש למידי וכו' משא"כ ביבם דאין יכול לקלקלה דכשיבא ויאמר אני הוא מימר אמרי הוא בעצמו הנחלץ או אח אחר היה לו שחלץ הילכך חוששין שמא כיון אחד מן העדים כדי לפוטרה ושישאנה במקום אחר וכו' יע"ש. ואם כדברי הרב יקשה דהא הואיל והוא דבר העשוי להגלות לעולם שנוכל לעמוד על אמיתתו בלתי העדאתם אם כן איך יאמרו שהוא בעצמו הנחלץ או אח אחר היה לו שחלץ הלא הוא דבר העשוי להגלות וידוע לכל מי היה החולץ אם הוא אחיו של המת או אחר זהו תורף תמיהתו יל"ו.

ואני בעניי גברא חזינא תיובתא לא חזינא דמה לו להתלונן על דברי כמוהר"א אלפאנדרי ז"ל שדבריו תלמוד ערוך בפ' החולץ שהעלו בהכרה אפי' ע"י קרוב ופסול כשר מ"ט גילוי מלתא בעלמא הוא. והיקשי ליה על דברי הנמק"י מהש"ס דמאחר דהכשירו הפסולין משום מלתא דעבידא לאיגלויי היא א"כ איך כתב הנמק"י דלא מצי לקלקלה משום דמימר אמרי הוא בעצמו הנחלץ וכו' הלא מלתא דעבידא לאיגלויי היא. אלא ודאי על כרחין לומר דהתם איירי אחר שהתקינו דאין חולצין אלא אם כן מכירין דאחרי קבלת העדות אפי' מן הפסולין ודאי דב"ד מכירין בטביעות עין מי הוא הנחלץ ואחרי הכרתן תו לא ליכא למיחש שיאמרו שהוא בעצמו הנחלץ או אח אחר היה לו שחלץ דודאי דבית דין ידעי ומכירין. אך דברי הנמק"י הם אילו לא הוה בעינן מכירין דעל זה בא לתרץ ותירץ שפיר דאילו לא היו מכירין איכא למיחש לשמא יאמרו הוא בעצמו הנחלץ או אח אחר היה לו שחלץ כיון שחוללין אעפ"י שאין מכירין ואין מי שיכחיש אותם וזה ברור ובזה אין שום קושי כלל ועקר על דברי כמוהר"א אלפאנדרי ני החילוק ברור לעין כל דאחרי שהתקינו דאין חולצין אא"כ מכירין אפי' אם ילך למקום אחר חוקרין ודורשין במקום שחללו לה לדיעה אם כנים הדברים ולא מצו אמרו אח אחר היה לו או הוא בעצמו הנחלץ וזה ברור שאין מדברי הנמק"י שום סתירה כלל כדבר האמור.

אמנם לעקר התמיהה שתמה כמוהר"א אלפנדארי על דברי הרי"ף הנז' אחרי ראותי דברי הריב"ש בסי' קפ"ב שכתב על דברי הרי"ף הנז' וז"ל ואני אומר שלפי לשון הרי"ף ז"ל נראה שאין אשה וקרוב נאמנין לומר זה אחיו של פלוני כשמעידין כן בממון או באיסור בשעת מעשה ומשנה שלימה שנינו וכו' אלא שאם אמרו כן קודם מעשה שאין מעידין לה על ממון ולא על איסור הוחזק על פיהם ויכולים העדים או הדיינים לומר בלשונם ואשתמודעינהי וכו' כיון שכבר הוחזק על פיהם קודם מעשה עכ"ל יע"ש, ומעתה אזדא לה תמיהת כמוהר"א אלפאנדרי הנז"ל ודברי הריב"ש הנז' הביאם מרן הב"י בט"אה סי' קנ"ז ושכן כתבו בהגהות מיימוניות פ"ד יע"ש ועפ"י, זה הותרה גם התמיהה שתמה כמהר"י נבון על תרי פסקי הרא"ש אהדדי הזכרנוס לעיל דמ"ש הרא"ש בפ' החולץ בענין הכרה דאפי' קרוב או פסול מהני היינו משום דלאו אממונא ולאו אאיסורא כלומר שאינם מעידים, בשעת מעשה אלא שלא בשעת מעשה וגילוי מלתא בעלמא הוא שאנו סומכין על החזקה שאמרו שלא בשעת מעשה, ומאחר שאינו מכח שבאין להעיד הוא דסמכינן עלייהו אלא משום גילוי מלתא סילכך פסק הרא"ש להקל וזה

ברור

הנזכרת וכל שום אחרן וחניכה דאית לה ולאבהתהא ולאתרך דהות. ארוסתי מקדמת דנא וכדו פטרית ושבקית ותרוכית יתה לה דיתהוא רשאה ושלטאה בנפשה למהך להתנסבא לכל גבר דיתצבא והכש. לא ימחא בידה מן שמי מן יומא דנן ולעלם והרי היא מותרת לכל אדם ודן די יהוי לה מנאי ספר תרוכין וכו'.

סדר גט קטנה המתגרשת ע"י אביה בשני גיטין. ראשונה צריך לדעת אם היא קטנה ודאי או ספק, שנית אם יודעת לשמור את גיטה צריכה ב' גיטין אחד לאביה תחלה שלא לנכח, ואחד לקטנה לנכח סדר הכתיבה מקודם ילוה הארוס על גט דכלפי האב עם ההתרות כמנהג ויכתוב הגט ההוא ויתן ליד האב, ואח"כ ילוה הארוס על גט דכלפי הארוסה מדעת אביה ובפני אביה עם ההתרות כמנהג. ויכתוב הגט ההוא ויתן ליד הבת. ובשעת נתינת הגט לידה פעם שנית יתפוס אביה בידיה לקבל הגט, לחוש לס' מוהרא"נ"ח ח"א סי'. בציווי גט דכלפי האב יאמר לסופר כתוב גט זה לגרש בו את ארוסתי פ' לשמי ולשמה לשם גירושין גמורין שתהא מגורשת בו ממני ע"י אביה פ' ומותרת לכל אדם. וכנוסח זה יאמר לעדים. ובציווי דכלפי הבת יאמר כנסח הנהוג בשאר גיטין.

בעת מסירת הגט ליד אביה יאמר לה הרי זה גט ארוסתי בתך פלונית והתקבל גט זה לבתך פ' הנז' ותהא מגורשת בו ממני ומותרת לכל אדם.

סימן ד'.

דין שומרת יבם.

נדרשתי לדעת על עסקי שומרת יבם שהלכה לעיר אחרת וחלצה מן היבם וחזרה ולא הביאה עמה שטר ראיה על חליצתה רק שהיא אומרת שנחלצה ויש עמה אשה אחרת שמעידה שראתה אותה כשחלצה. וכן יש איש אחד שמעיד ששמע מפי החולץ שהגיד לו שחלץ לזקוקתו אבל הוא לא ראה החליצה אם יספיק זה להתירה לינשא לזר או לא. ושכמ"ה.

תשובה הנה בענין זה לא שמענו כיוצא בה שמעינן לרבנן קשישי עמודי ההוראה בהסכמה עלו הרי"ף והרמב"ם רוב בנין ורוב מנין, דנאמן עד אחד להתיר יבמה לשוק וכדעת רבא ורב ששת לכמ"ש מרן ב"י א"ה סי' קנ"ח ולא נמצא חולק בזה זולתי הרא"ש ורבינו ירוחם שנטו להחמיר. ומרן ז"ל שם בשולחנו הטהור סעיף ג' פסק כדעת הרי"ף והר"מ ז"ל ואפי' עד מפי עד ועבד ושפחה או אשה או גוי מל"ת נאמנין והגם דמור"ם במפ"ה שם הביא י"א דאין עד אחד נאמן מ"מ כמה פוסקים מקילין לעת הדחק ובמקום עיגון כמ"ש בס' בית שמואל שם ס"ק ב'. והיא בעצמה נ"כ נאמנת דכשם שהאשה נאמנת לומר מת בעלי שתנשא כך נאמנת לומר מת בעלי שאתיבם כמ"ש מרן ז"ל בשולחנו סי' קנ"ח. מיהו אשכחן דהיא אינה נאמנת לומר מת יבמי כמ"ש הר"מ פ"ג מה' יבום דין י"א ז"ל אעפ"י שהאשה נאמנה לומר מת בעלי ותנשא או תתיבם אין היבמה נאמנת לומר מת יבמי שתנשא לזר הואיל והוא איסור לאו שמא יהיה קל בעיניה ע"כ: דון מינה לנ"ד מק"ו שאינה נאמנת לומר חלץ לה יבמה דהשתא ומה אם באשה שנאמנת לומר מת בעלה ותנשא אין היבמה נאמנת לומר מת יבמי, כ"ש באשה שאינה נאמנת לומר גרשני בעלי כמ"ש ריש פי"ב מה' גירושין דמאחר דהוחזקה אשת איש אינה נאמנת על פיה, והואיל וכן הוא הדין והוא הטעם דאינה נאמנת לומר חלץ לי יבמי הואיל ויש לה חזקת זקוקה ליבם וק"ו הדברים כאמור.

איברא דראיתי למוהר"י מינץ סי' י"ד שכתב דבזמן הזה דמצות חליצה קודמת דיכולה להעיד שחלץ לה יבמה דלא שייך טעמא דסניא ליה. יע"ש. ורואה אני דזה אינו לדעת הרא"ש דנקט דטעמא דלא מהימנא לומר מת יבמי היינו משום דזימנין דסניא ליה ושפיר. אמנם לטעמו של הר"מ דנקט מטעם שהוא איסור לאו ושמא יהא קל בעיניה ולפי זה גם בחליצה הוא הדין והוא הטעם דלא מהימנא מהך טעמא גופיה.

ואת זה ראיתי שהקשה הח' השלם הדיין המצויין כמה"ר יהודה נבון סי' תרי פסקי הרא"ש אהדדי דבענין עד א' ביבמה שהעלו הרי"ף והר"מ דמהימן והרא"ש ז"ל חלק עליו וס"ל דאין עד אחד נאמן ביבמה דחיישי' לשמא סנייא ליה ליבם ולא דייקא ואמטו להכי פסק דאיהי לא מהימנא ולא עד א' נאמן וכ"כ בטא"ה סי' קנ"ח בשם אביו הרא"ש יע"ש. וקשה עליו מההיא דפסק הרא"ש בפ' החולץ דאפי' ע"א וקרוב ואשה נאמנין להעיד שזה היבם הוא אחי המת וכך פסק בטא"ה סי' קס"ט יע"ש. ואמאי הכשיר ליחוש דילמא היבמה סניא ליה ליבם העיקרי ואין זה היבם שהעיד עליו אלא דמשנאתה ליבם העיקרי ניחא לה במ"ש שזהו היבם כדי להפטר מן היבם העיקרי. ולעולם דשקר ענה וא"כ אמאי מהמנינן לעד אחד ואפי' קרוב ואפי' אשה דנמצאו תרי פסקי הרא"ש דפלגן בהדייהו, והוא תירץ לזה דיש לחלק ביניהם דבשלמא התם דבחזקת איסור לשוק עומדת וזקוקה ליבם והעד מעיד שמת היבם ובא להוציאה מחזקתה ולהתירה לעלמא בההיא פסק הרא"ש דאין עד א' מהימן מטעם דחיישי' דסניא ליה כיון שהעד מעיד לסתור החזקה שהיתה בחזקת זקוקה ליבם. משא"כ בההיא דהיכר היבם שאין העדות סותר החזקה שהיה לה בחזקת זקוקה ליבם דאדרבא גם העדות מסייע לחזקה דבחזקת זקוקה ליבם קימא רק שמעיד שהוא אחוה: דמיתנא ושזאת היא יבמתו הילכך כל שאינו סותר החזקה מהימן עד אחד ואפי' עבד ושפחה ואשה זת"ד. ולדידי לא קשיא כלל דבהדיא אמרו בההיא דפ' החולץ דטעמא דעד אחד ואפי' אשה מהמני משום דגילוי מלתא בעלמא הוא וכתב הרא"ש עלה דהיינו טעמא משום דלאו אמילתא דאיסורא ולא אממונא קא מסהדי אלא גילוי מלתא בעלמא הוא דהאי גברא הוא פלוני והאי איתתא היא פלניתא, ביאור הדברים דבשלמא אם היו באים לאוסרה לעלמא לומר שזהו אחיו של המת דאכן לא הוינא ידעי דאית ליה את זולתי על פי עדותם או ודאי דחד לא מהימן ובעינא תרי גברי כשירי אמנם ההיא מיירי בדהוחזק לן דאית אחי למת ובלאו הכי תופסים אותו בחזקת אחיו מן האב ועדות זה אינו אלא גילוי מלתא בעלמא הילכך מהימן ע"א ואפי' פסולין, וכן כתב במרדכי פ' מצות חליצה וז"ל ואישתמודעינוהי דפ' החולץ התם גילוי מלתא בעלמא הוא דבלאו הכי תופסים אותו בחזקת אחיו מן האב אבל אם לא היינו מוחזקים בו שהוא אחיו מן האב והביא קרובים לעדות הא לא הוי גילוי מלתא וכו' פי' ובעינן שני עדים כשרים יע"ש. והן הן דברי הרא"ש הנז' אמטו להכי מהימני אפי' פסולים, משא"כ התם דהוי עדות גמורה דבאו להתירה לעלמא ע"י מיתת היבם הילכך העלה הרא"ש דעד א' לא מהימן מטעם דחיישי' דזמנין דסניא ליה כנ"ל חילוק ברור ביניהם.

אמור מעתה דבנ"ד שבזמן היותה בעיר הוחזקה לשומרת יבם אין להאמינה על פיה במה שאומרת שחלץ לה יבמה בעיר אחרת וגם אין עד א' מהימן בה דהואיל ובחזקת איסור לשוק היתה עומדת אין להתירה רק בשטר ראיה ובעדים גמורים.

ואם לחשך אדם לומר דאדרבא ממקום שבאת משם ראיה להכשיר. בנ"ד עדות אשה ועד אחד וכל הפסולים. שהרי בפ' החולץ דף ל"ט אההיא דגיטא דחליצה דכותבין ואשתמודעינוהי דאחוה דמיתנא מאבא ניהו, אמרו

לא כתב כן פסול ואיכא מרבוותא דסברי דהגט בטל, וכבר הרב בס' גט פשוט סי' קנ"ח סק"י נתן טעם למנהגנו שכותבין מקום עמידה לבד יע"ש באורך, והנה כי כן לחוש לס' החולקים דס"ל דמקום דירה ממש עיקר הילכך כתב המבי"ט אנת פ' דממתא פ' שהוא מקום הדירה. ומטעם זה כתב ולך ולאתרך והוא עפ"י מה שנתעורר מוהרי"א סי' רמ"ז וסי' ט' בנוסח הגט שכותבין דאית לי ולאבהתי ולאתרי. דבשלמא לדעת הסוברים שצריך לכתוב שם מקום הדירה וכותבין דממתא פ' ניחא דכותבין וכל שום וכו' ולאתרי משום חשש שמא יש לעיר דירתו שני שמות הלכך שם העיקרי כותבו עיקר והטפל כוללו בוכל שום. אבל לדידן דלא כתבינן שם עיר הדירה מפני שהיא מרופא בידינו, ואין כותבין אלא שם מקום עמידת האיש והאשה וא"כ על מקום עמידה לא אתי שפיר למכתב וכל שום דאית לי ולאתרי דמקום עמידה לאו אתריה מיקרי, והרב גט פשוט בסי' קכ"ו ס"ק ע"ט נתעורר על זה ויישב הלשון אף לדידן דאין כותבין מקום הדירה יע"ש באורך. אמור מעתה דהמבי"ט ז"ל דחש לדעת הסוברים לכתוב מקום הדירה שהרי כתב אנת פ' דממתא פ' הלכך העלה לכתוב וכל שום וכו' ולאתרך לכלול השם הטפל שיש למקום הדירה ושפיר. אמנם מוהריק"ש ז"ל אזיל בתר פסק מרן שהעלה דאין לכתוב זולתי מקום העמידה הלכך העלה לכתוב אנת פ' העומד היום וכמו כן נגררו כל רבני שאלוניק וקושט' אבתריה לכתוב העומד היום. ומ"מ מוהריק"ש ז"ל כתב ולאתרך ולאתרה כנוסח כל הגיטין דאף שאין כותבין אלא מקום העמידה אעפ"י כן כותבין ולאתרי כמו שנתן טעם לשבח בגט פשוט הוא הדין והוא הטעם נמי בגט קטנה דחד טעמא אית להו.

אך נ"ב כמ"ש ולאתרה ולאתרך נ"ל שאין צורך לכתוב ולאתרה זולתי ולאתרך לחוד כמ"ש מוהר"א הלוי כנ"ל עיקר. והטעם שהרי כאן אין אנו זוכרים בגט מקום עמידת הקטנה המתגרשת זולתי מקום עמידת אביה שהרי כותבין אנת פ' העומד היום ולכן אין צריך לכתוב ולאתרה אלא ולאתרך לחוד כנ"ל עיקר ולפי נוסחת רבני קושט' ושאלוניק שלא הזכירו אתר כלל. נ"ל דס"ל דבשלמא במגרש ומתגרשת דעלמא שצריך להזכיר שם עירו ושם עירה הילכך כל שאנו מזכירין מקום עמידתן צריך לרמוז גם כן שם מקום דירתם מהטעם שכתב בגט פשוט ולכן כותבין ולאתרי ולאתריכי משא"כ הכא דמקום שם עיר הקטנה המתגרשת אינו מוזכר כלל ומה שמזכירין מקום עמידת אביה אינו אלא משום חשש ב' יוסף ן' שמעון כמ"ש בהלכות קטנות דף ס' ע"ד יע"ש. הלכך לא חשו לכתוב ולאתרך כלל כנ"ל טעם לנסחתם אבל מ"מ העיקר נ"ל לכתוב וכל שום אחרן וחנכא דאית לה ולאבהתהא ולאתרך הואיל וכבר הוזכר מקום עמידת האב כדכתי' לעיל, ובמלת ולאבהתהא המוזכר בנוסח הרבנים הנז' נ"ל שהיא נסחא מדוקדקת אי מטעמא שכתב בה' קטנות בשם אחות קטנה דף ס"א ע"א שזהו ההפרש שבין לשון הקדש ללשון תרגום שכותבין אל"ף אחר הה"א הכינוי. ואי מטעמא שהביא הכנה"ג בחיבורו לב"י אה"ע סי' קמ"א אות כ"א בשם מהר"ד איסטרוגסה דאבהתהא הוי לשון רבים וכן בנוסח הגט כותבים ולאבהתיכי לשון רבים לרמוז על אביה ואבי אביה יע"ש, ובנסחא זו ארוכנא דאין צורך לכתוב לה ולך שהרי הוא נכלל בתיבת ולאבהתהא כי אביה הוא. ולכן יר' לי עיקר לכתוב וכל שום אחרן וחניכא דאית לה ולאבהההא ולאתרך דשות ארוסתי וכו' אך תיבת ולאתרך הוא מוכרח מהטעם שכתבנו. גם צריך לכתוב יתה לה מהטעם שאנו כותבין יתיכי ליכי ככתוב בגט פשוט סי' קכ"ו ס"ק פ"ו בשם הרב הלבוש יע"ש. ה"נ דכותה וכפי הנסחא הראשונה שכתב המבי"ט וכפי נסחת רבני שאלוניק.

כן נר' עיקר. אכן במלת די תהוי ודי תצבי ראיתי שינוי נסחאות דהמבי"ט גופיה בח"ב כתב די תצביא באלף ורבני קושט' ושאלוניק העלו לכתוב די תהוא די תצבא באלף לבסוף וטעמם ונימוקם עמם דנ"ל טעמא דמלתא שהרי כל הגט הוא כתוב שלא לנכח וכלפי האב ולכך מוכרח שלא לכתוב די תהוי ודי תצבי ביו"ד משום דביו"ד הוי לנוכח כמדבר עם המתגרשת דומיא לשאר גיטין שכותבין די תהויין די תצביין. והואיל וכאן כל לשון הגט הוא שלא לנוכח בלשון נסתר הלכך על כרחין לכתוב די תהוא די תצבא שהוא שלא לנכח. וטעם היותו באל"ף ולא בה"א לבסוף משום דכל הגט הוא בלשון תרגום ולשון תהוא באל"ף עדיף טפי כמ"ש מוהר"א מוטל הובא בכנה"ג לא"ה סי' קמ"א אות הנז"ל יע"ש. וגם תצבא בלשון תרגום משפטו באלף הגם דהר"מ והטור בנסח גט חליצה כתוב דתצבי ביו"ד לבסוף נ"ל דמכאן למדו המורים הנז"ל שכתבו תהוי ותצבי ביו"ד. אכן לדידי אין משם ראיה ושלא בדקדוק נכתב כן דהתם אין צריך לדקדק כמו שאנו צריכין לדקדק בגט אשה לדבר לשון הברור, והנה קרא אשכחנא בדניאל כתיב ולמאן די יצבא וגם ודי הוה צבא הוה מחי וכולם באל"ף לבסוף, וגם בשרש ערך צבא כתוב על פסוק וצבא גדול כתב וי"מ וצבא גדול חפץ מן הארמית די הוה צבא הוה קטיל. הרי דלשון חפץ משפטו באלף לבסוף וכאן שהוא מדבר שלא לנכח על כרחין להיות תצבא באלף כנ"ל עיקר כדעת כל הרבנים הנז' אכן בנסח מרן הב"י בס' בדק הבית מצאתי כתוב דתהויא רשאה, וכן כתוב דתצבין, ובאמת דנסחת דתהויא היא נסחה נכונה, וכן כתב בכנה"ג סי' קמ"א אות הנז"ל שהיא נסחה יותר נכונה יע"ש אכן מלת די תצבין הנו"ן שהטיל אין לה שחר והגר' בעיני שט"ס נפל יען דתצבין הוא לנוכח וכאן הגט בלשון נסתר הוא ולכן נ"ל של"ל דתצביא דומיא דתהויא באל"ף לבסוף.

אבן נפל הספק אצלי דלדעת מרן בנסחתו נר' דתיבת דתהויא ודתצביא חד תיבה כתבינן לה וכן בנסח גט חליצה להר"מ והטור כתוב דתצבי חד תיבה. ואילו לפי נסחת הרבנים משמע דב' תיבות נינהו די תצבא די תהוא. ולכן לצאת מחששה נ"ל דטפי עדיף לכתוב די תצבא די תהוא כעין שתי תיבות בהפרש כל דהו שיהו נראין כעין תיבה אחת דומיא דגט דעלמא במלת די תהוין די תצביין ה"נ דכותה ובמלת בידה הכי כתבינן לה כמ"ש בה' קטנות יע"ש ואין צורך לכתוב בידהא ולכן נ"ל לכתוב בנסח הגט כך ותרוכית ית ארוסתי פ' ברת דידך אנת פ' העומד היום במקום פ' וכל שום אחרן וחניכא דאית לה ולאבהתהא ולאתרך דשות ארוסתי מן קדמת דנא וכדו פטרית ושבקית ותרוכית יתה לה די תהויא (או די תהוא) רשאה ושלטאה בנפשה למהך להתנסבא לכל גבר די תצביא (או די תצבא) בחד שיטה וכעין תיבה אחת ואינש לא ימחא בידה מן יומא דנן ולעלם ודן די יהוי לה מנאי ספר תרוכין ואגרת שבוקין וגט פיטורין כדת משה וישראל כנ"ל.

ישראל מאיר מזרחי.

נוסח הגט דכלפי האב.

בבך בשבת כך ימים לירח פ' שנת התל"ג לבריאת עולם למנין שאנו מנין כאן במתא ירושלם דיתבא על מי שלח ועל מי בורות אנא שלמה בן יהודה העומד היום בירושלם הנז' וכל שום אחרן וחניכה דאית לי ולאבהתי ולאתרי צביתי ברעות נפשי בדלא אניסנא ושבקית ופטרית ותרוכית ית ארוסתי דלול ברתא דידך אנת אליהו דמתקרי כנ"ר העומד היום כאן בירושלם הנזכרת

גבר די תילבי ואינש לא ימחא בידה, והרי היא מותרת וכו' ודין די יהוי לה מנאי וכו' יע"ש, הרי שקרובים דבריו לדברי המבי"ט רק ששינה בגוף איזה תיבות דמלת תיהוי כתב מלא ביוד בין ת"ו לה"א וכן במלת תילבי כתב מלא ביו"ד. גם במלת ודין הכית יו"ד בין דלא לנו"ן גם מלת לה אשר בין תרוכית יתה למילת די תיהוי השמיטה.

הנה בתיבת די הות ארוסתי כפי דברי המבי"ט נר' דהוו שתי תיבות ולא דמי למלת דהוית אנתתי הכתוב בגט דעלמא דהתם תיבה אחת היא אבל הכא שתי מלות נינהו ועם כ"ז נר' שצריך לכתבן בשיטה אחת לכתחלה ומרוחקות מעט זו מזו ולא כל כך אלא שיהיו נראין כתיבה אחת וכעין שתי תיבות ודבר זה למדתיהו ממ"ש בגט פשוט סי' קכ"ו ס"ק פ"ז וס"ק מ"ד עיין עליו. דהא בגט דעלמא פסק מרן שצריך לכתוב דהוית יע"ש, סי' קכ"ו סעיף ל"ה וכתב בגט פשוט ס"ק פ"ז וז"ל נהגו לכתוב דהוית תיבה אחת ויש כותבין די הוית שתי תיבות ואפי' כתב די הוית שתי תיבות בשתי שיטות יר' דכשר ועיין ס"ק מ"ז וס"ק מ"ד ' יע"ש. ברמזים הללו הראנו לדעת ב' ענינים לענין דינא דממ"ש בס"ק מ"ז נלמד מדבריו דאפי' בתיבה שאינה צריכה יו"ד אם הוסיף יו"ד כל שאינו משתנה ממשמעותו כשר זולתי במלת ודן ובמלת ואגרת דאם כתבם ביו"ד מלאים פסול הואיל ומשתנה ממשמעותו יע"ש באורך. מינה נפקא גם במלת דהוית דהגם שאין צריך יו"ד בין דלת לה"א מ"מ אם כתב די הוית כשר הואיל ואינו משתנה המשמעות. גם ממה שרמז לנו ס"ק מ"ד הוא להורות לנו דאם כתב די הוית בשתי שיטות כשר, משמע אבל לכתחלה עדיף טפי לכותבם בשיטה אחת בריחוק מעט שיהיו נראין כעין שתי תיבות וכעין תיבה אחת. ועפ"י זה אל יקשה עלינו ממ"ש מרן בש"ע סי' קכ"ו סעיף מ"ו ז"ל בגט ארוסה כותבין ארוסתי ואם כתב דהוית אנתתי כשר יע"ש. ופי' כותבין ארוסתי היינו לומר דכותבין דהוית ארוסתי וכמ"ש להדיא בגט פשוט ס"ק ק"ב יע"ש. הרי שס"ל דל"ל מלת דהוית בלא יו"ד בין דל"ת לה"א, וזה הפך המבי"ט לכאורה. אלא דכמ"ש ניחא דכל שאינו משתנה ממשמעותו אין קפידא ובזה אין שום מחלוקת בין המבי"ט למרן ז"ל. גם בזה הונח לי במ"ש מרן בנוסח גט קטנה בב"ה דף מ"א ע"ב ז"ל ותרוכית ית ברתך פ' דהות ארוסתי וכו' הרי שלא הצריך יו"ד בין וי"ו לתי"ו וכפי הנראה מפסקיו בש"ע נר' דצריך לכתוב דהוית ביו"ד אלא דבמאי דכתוב דכל שאין משתנה המשמעות אין קפידא אם הוסיף ניחא. וכן כל הנוסחאות שהובאו בפוסקים בענין גט קטנה כתבו רובם ככולם דהות ארוסתי כאשר הובאו בהלכות קטנות אים על שמו יע"ש, ולא הצריכו להטיל יו"ד בין וי"ו לתי"ו הואיל ואין קפידה, ומכלל הדברים אתה למד שאין זה סותר למ"ש המבי"ט די הות שתי תיבות יען כי המבי"ט לא חש לכתוב דהות הואיל ואין משתנה, המשמעות.

ובכן עלה בידינו דהעקר לכתוב דהות ארוסתי ואם כתב די הות צריך לכתחלה לכתבן בשיטה אחת ויותר נוטים לתיבה אחת משיהיו נוטים לשתי תיבות. עוד נ"ל והוא עיקר דמ"ש מרן דבגט ארוסה כותבין דהוית ארוסתי ביו"ד בין וי"ו לתי"ו מיירי בגט הנכתב כלפי הארוסה עצמה שהוא לנוכח אז צריך לכתוב דהוית כמו גיטין דעלמא דהוו לנוכח דכותבין דהוית אנתתי אבל בגט הנכתב כלפי האב אז גם הוא מודה דצריך לכתוב דהות כדעת כל הפוסקים וכמו שכתב בבדק הבית בנוסח גט דכלפי האב כנז"ל. והעיקר לכתוב דהות אחרי שהוא מוסכם לדעת הכל, אבל בגט הנכתב כלפיה דידה שהוא מדבר לנוכח ודאי דיש לכתוב דהוית ארוסתי כמו בשאר גיטין דכותבין דהוית אנתתי כנ"ל עיקר.

ובענין נוסח שכתב ותרוכית ית ברתך פ' הן אמת שלשון הביאו מוהריק"א בס' בדק הבית וכן העתיק מוהריק"ש סי' קנ"ד וז"ל ושבקית וכו' ותרוכית ית פ' ארוסתי ברתך אנת פב"פ אכן ראיתי בהלכות קטנות בחיבור אחות קטנה מלא נוסחא אחרת מרבנים שכתוב ברתא דידך ונתן טעם לדבר דלא שייך לומר ברתך לבד רק היכא שכבר הוזכר בסיפור שם האב וכו' אמנם בנוסח גט זה שעדין לא הוזכר שם אב הקטנה אלא אח"כ הוזכר שמי על כן אינו מתישב הלשון בלתי אם יקושר בתיבת דידך אנת פ' דהוי כאלו אמר בת שלך אתה פ' עכ"ל יע"ש, וכיוצא בזה כתב הכנה"ג בחיבורו לב"י א"ה סי' קמ"א אות כ"א שכך כתב בס' מגן אברהם וז"ל אלא שלכאורה נראה שאין מתישב כ"כ לומר ברתך אנת פ' כמו שמתישב לומר ברתא דידך אנת פ' ואם יכתוב ברת דידך הוא לשון טוב וכן הוא בנוסחא סדר חליצה להר"מ והטור ז"ל עכ"ל. והן אמת שבסדר חליצה שהביא הר"מ פ"ד מה' יבום דין ל' כתוב וז"ל וסליקא קדמנא פ' ברת פ' גם הטור העתיק כן. ולי אני הדיוט הגם שדבריהם אינם צריכים חיזוק מ"מ נ"ל לתת טוב טעם משום דבת תרגומו ברתא וא"כ לא תפול עליה מילת דידך משום דהוא מוכרת וברתא שם העצם הוא אבל כל שאנו רוצים לומר בת פ' שהוא להודיע בת מי היא והוא סמוך מתרגמינן ברת פ' כמו ושם בת אשר דתרגם בירושלמי ברת אשר דמאחר שהוא סמוך להודיע בת מי היא מתרגמינן ברת אשר, הכי נמי בנ"ד שכונת דידך הוא להודיע שהיא בת פ' על כן לא יפול בה ברתא דידך אלא ברת דידך כנ"ל לתת טוב טעם ודעת לנוסחא זו וכן נ"ל שהיא נוסחא יותר טובה לכתוב ברת דידך ולא ברתא דידך ואפי' שכל הנוסחאות כתוב בהם ברתא דידך מ"מ הואיל דמלינו ערעור גם בנוסחא זו טפי עדיף לכתוב ברת דידך לצאת ידי חובת הכל.

ובענין הנוסח שכתב אנת פ' דממתא פ' וכל שום וחניכא דאית לה ולך ולאתרך. הנה המבי"ט גופיה בח"ב סי' קמ"א כתב וכל שום אחרן וחניכא דאית לה והשמיט מילת ולך וא"כ נפל הספק אצלנו על איזה נוסח נסמוך. זאת לא זאת כי בן לאחותו לדיק הוא מהרי"ט ז"ל בשניות חא"ה סי' ו' כתב דנוסח הגט הוא אשר כתב מר אביו המבי"ט ז"ל והעיד שהנוסח ההוא שלחו למוהריק"ש ז"ל יע"ש, ובעינינו ראינו להגהות מוהריק"ש המודפסות בחא"ה סי' קנ"ד הביא נוסח הגט וז"ל ותרוכית ית פ' ארוסתי ברתך אנת פ' בן פ' העומד היום במתא פ' וכל שום אחרן וחניכא דאית לברתך ולאבהתך ולאתרהא ולאתרך דהות וכו' יע"ש. ולבסוף כתוב שם והר"א לוי בכ"ג הר"ם לוי ז"ל מצא קלת שינוי בגט שניתן במצרים ותרוכית ית ארוסתי וכו' דאית לה ולך ולאבהתך ולאתרך וכו' יע"ש. וא"כ ראוי לתור לדעת איזה נוסחא עיקרית ומדוע איחלופי איחלוף הנוסחאות. ובנוסחאות שהביא בה' קטנות מרבני שאלוניק כתוב אנת פ' העומד היום כאן במתא פ' וכל שום אחרן וחניכא דאית לה ולאבהתהא וכיוצא בזה כתוב שם בנוסח רבני קוש' רק שכתוב במקום העומד היום העומדת היום והרב הנז' שם לא הניח לו מאמר העומדת דאין לו שחר והסכים עיקר העומד היום יע"ש, ועכ"ז הרי יש חילוף נוסח' בינם לבין נוסח המבי"ט ומוהריק"ש. ואשר אני אחזה לי בהקדים מ"ש התרומת הדשן סי' קמ"ב בכתביו דאין כותבין שם מקום הדירה מפני שאנו גולים ומטולטלים ומקום דירתינו מרופא בידינו אבל כותבין שם מקום עמידת האיש העומד היום במתא פ' וכן באשה כותבין מקום עמידתה העומדת היום במתא פ'. וכן פסק מרן בש"ע סי' קכ"ח סעיף ב' יע"ש. והנה הרשב"א וסיעתיה ס"ל דיקא מקום הדירה הוא עיקר ואם לא

מוהר"ש אלגזי וס' עבודת הגרשוני שהורו על מי שקידש אשה בשבת דאין לחוש בקידושיו. והוא ז"ל דחה דבריהם מהלכה מכח הירושלמי שאמרו וכולן שעשו בין שוגגין או מזידין מה שעשו עשוי ואין להקפיע קידושי תורה כלל יע"ש. ומדוע לא תמה על מוהריק"ו ז"ל דהעלה דאין לחוש לסבלונות מכח שהיו בשבת וכמו שהביא הוא ז"ל דבריו בא"ה סי' הנז' שעד לתומכו עכ"ל דס"ל בדאמרן דשאני ליה בין קידושי תורה לסבלונות כדבר האמור. כלל העולה דלהקת נביאים ילאו נלבים להקל בסבלונות מטעם הסכמת העיר וכמו כן מינה יש לדון להקל בכ"ד. ואל תשיבני ממ"ש מוהרי"ט בשניות אא"ה סי' ל"ט וסי' מ' דאין להקל מלד ההסכמה כנז"ל דלא אמרה הרב אלא בקידושין ולא בחששה דסבלונות כאשר יראה הרואה יע"ש, והיא דמוהרש"ך ח"ג סי' א' שלא חשש בהסכמת העיר אף שהיתה בחרס בקידושין איירי הלכך לא אלימא לאפקועי קידושי תורה. ויעיד ע"ז דהרש"ך גופיה בח"א סי' ק"מ בענין סבלונות עשה סניף להקל מכח ההסכמה. הרי דיש לחלק בין קידושין לסבלונות וזה פשוט, אך לבי מהסס טובה להקל בכ"ד מכח דנמלאו עדים הן בשעת שילוח הסבלונות הן בשעת נתינתן לאשה דהא ודאי לריכה רבה שלא לחוש להם. והגם דלעיל עמדנו על חקירה זו והעליתי דאין בית מיחוש הואיל ולא הוזמנו לכך רק באקראי בעלמא והבאתי סעד ממ"ש כמוהר"א ברודו בס' פ"מ ח"א עכ"ז לבי ירא ורועד להקל מפאת זה אחרי ראותי זה האיש משה הרב כמוהרמ"י יל"ו בס' משאת משה ילא לקראתו לחלוק עליו במילי דסברא ונתן טעם בעיקר כאשר העליתי דבריו לעיל, והגם שאני לעלמי חלוק אני על דבריו כנז"ל באורך מ"מ לענין מעשה מיראי ההרואה אני הגם דיש ויש רבים אשר אתי עוזר לתמכי הוא הרא"ש מוהריק"ו ודעימיה על כל אלה לא ידענא מאי אידון בה למעשה רב.

ונפשי שמתני דעבידנא שמתרי לנ"ד אף דאיכא עדים יש סניף להקל ושלא לעשות העדאתן עדות. ואיא מאשר קדמה לנו ידיעה בהסכמה בחרם שלא לקדש בירושלם תוך תחום העיר ואפי' שיש עדים אפקעו רבנן לקידושין מיניה כנז"ל דהואיל ובאנו לידי מדה זו הרי העדים שנמלאו בעת הסבלונות יש לפוסלן לכאורה שעברו על חרמי הליבור וזו הלכה רווחת פסקא מרן ז"ל בטח"מ סי' ל"ד והריב"ש בסי' רס"ו דהעובר על חרם הקהל פסול לעדות.

ואיברא דגם מפאת זה ראה ראיתי להקת נביאים ילאו נלבים מערכה לקראת מערכה כאשר אספם בחכמתו הרב המאסף בכנה"ג א"ה בהגהתו לב"י סי' כ"ח ס"ק כ"ד יע"ש, ומהוכם יש ללמוד שאין לפסול את העדים מכח שעברו על החרם עאכ"ו דבנ"ד נמלאו דרך אקראי ולא לשם עדות דבכה"ג לא מפסלי כאשר הורה גבר מוהרא"נ"ח ח"א סי' ס"ח ומוהרי"ט ח"א סי' קל"ח וח"ב בא"ה סי' ל"ט וסי' מ' יע"ש ולא נמלא מיקל בדבר זולתי מוהרשד"ס בא"ה סי' כ"א וסי' ל' ומוהרי"ט בח"א סי' הנז' אחר שהעלה שאין לפסול העדים בכך בסוף דבריו חזר ונענע בראשו לדברי מוהרשד"ס יע"ש, והגם דבח"ב פסקיה לדיניה, בסכינא חריפא דאין העדים נפסלים בכך מ"מ מידי ספיקא לא נפקא וסניף מיהא הוי בהלטרפות טעמים אחרים וכן נראה מדברי הרב עדות ביעקב סי' י"ט דף מ"ג ע"ב יע"ש, ואם באנו להרחיב הדיבור בזה יש ויש דרך סקלא וטריא בפרט זה, ובפרט בזה שתמה מוהרי"ט בח"א סי' הנז' על דברי מוהרש"ך וכאשר עמד עליהם הרב עדות ביעקב סי' הנז' ואין הפנאי מסכים להאריך.

סיפא דדינא דבנ"ד דרבו בו הספיקות עבדינן סניף להעדאת העדים שעברו על החרם דפסולים וכדעת מוהרשד"ס הנז' ומהשתא בנ"ד איכא כמה ספיקי. חדא דאעיקרא דדינא חשש הסבלונות הם משום ספק קידושין. ואיכא ספיקא אחרינא דאף את"ל דאית בהו סרך קידושין שמא היינו דוקא כשיחד עדים והזמינם בכך אבל באקראי בעלמא לא, והו"ל ספק ספיקא המתהפך תו איכא ספק אחר אם הסכמת העיר בחרם מועלת להפקיע חשש הסבלונות אי לא, ותו דגם העדים אילו ילוייר שהוזמנו לכך ואפי' שהיו באקראי חשבינן ליה כהוזמנו שמה פסולים בעדותם הם מחמת שעברו על החרם והסכמת העיר אי לא.

ותו דמאחר שעבר עליו שלשה חדשים ששהה בעה"ק הרי מלינו למוהריב"ל בח"ג דבשהית ל' יום חשיב כבני העיר, והגם דבמקום אחר העלה דבעי שהית י"ב חודש מ"מ מידי ספיקא לא נקפא. ועיין בס' בתי כהונה ס' ב' שכמוהר"ש הלוי חכך להחמיר אפי' בשהית י"ב חודש וכמוהר"י הכהן העלה דבי"ב חדש סגי מ"מ נ"ל אפשר דהיינו דוקא מח"ל לח"ל אבל כיונא דנ"ד שעלה לדור בעה"ק ירושלם ושידך אשה בה דאין בידו להוליאה ממנו כנודע. א"כ מיד חשבינן ליה כבני עה"ק וסגי בל' יום אפי' לס' המחמירין. ואפילו אי נימא דלאו הכי לחלק בין הארץ לח"ל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא וא"כ הואיל ובנ"ד רבו הספיקות יש לדון להקל שלא לחוש לסבלונות ההם כלל והרי היא מקודשת לשני מספק מחמת הסכמת העיר ואין להתירה לשוק בלתי גט מן השני אך מן הראשון מפאת הסבלונות לא חלו בה ידים של קידושין כלל כנלע"ד לדון להלכה ולמעשה אם יסכימו עמי רבנן קדישי מורי הוראה. ועל ראשם מלמעלה חד בדרא שם האחד אליעזר לביונן של ישראל לעטרת תפארת כי גאה גאה, ואם אזכה לכוון ההלכה לתלמיה ע"ד אמת ולדק ישמח לבי גם אני ואשלמה תודות לתפארת ישראל אלק' עילאה. ואתחנן אל ה' יהיה אלקים עמדי ושמרני לבל אכשל בדבר הלכה והוא יהיה בעוזרי ללמוד וללמד כל עוד נפשי בי אף רוחי, כי באלה חפלתי להגות בתורתו כל ימי חלדי ולכל בהן חיי רוחי, אמן כן יאמר ה' לור מחסי מבטן גוחי קטינא קטינא מאום וסחי.

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

סימן ג'.

דין גט קטנה.

אמר הכותב בדיני גט קטנה המתגרשת ע"י אביה שהסכימו רובא דרבוותא לכתוב ב' גיטין אחד כלפי האב ואחד כלפי הבת. והנה שהוא כלפי האב בנוסח שלו ראיתי מינים ממינים שונים זה אומר בכה וזה אומר בכה וראוי לתור ולדעת הי מיניהו עיקר ולכן ראיתי ונתון אל לבי לברר וללבן הדברים כאשר תשיג דעתי הפעוט ואם דל הוא וה' אלקים יעזור לי.

ראשון לליון אלינה נא דברי המבי"ט ז"ל בתשו' ח"א סי' רכ"ג כתב וז"ל ותרוכית ית ברתך פלונית אנת פלוני דממתא פלונית וכל שום וחניפא דאית לה ולך ולאתרך די הות ארוסתי מקדמת דנא וכדו וכו' תרוכית יתה די תהוי רשאה ושלטאה בנפשה וכו' לכל גבר די תלבי ואינש לא ימחא בידה והרי היא מותרת לכל אדם ודין די יהוי לה מנאי ספר וכו' עכ"ל יע"ש, ומלאתי להרב כנה"ג לא"ה סי' קנ"ד בסדר הגט בחלק הששי הנק' מעשה איש ופקודתו אות כ"ג נגרר בתר נוסחת המבי"ט ז"ל וז"ל ובשני כותב כלפי האב בנוסח זה ותרוכית ית ברתך פ' אנת פ' דממתא פ' וכל שום וחניכא דאית לה ולך ולאתרך די הות ארוסתי מקדמת דנא וכדו וכו' תרוכית יתה די תהוי רשאה ושלטאה בנפשה וכו' לכל

גבר

והקל שם לסיבה שלא היו עדים כמבואר שם, אמור מעתה בשאלה זו שנשאלה הימנו במתן שנוקן בינו לבינה למה חשש לרש"י והי"ל לבאר לגאון דהיינו דוקא אם היו עדים ולא לסתום את דבריו. סוף דבר דלע"ד דברים הללו שכתב סתמה הם בלתי מובן ולל"ה שקילר [הגאון ז"ל במקום שאמרו להאריך, איך שיהיה מדבריו למדנו דההסכמה בחרם לא מעלה ולא מורדת להנצל מחשש השבועות כמבואר בדבריו הנז"ל, אך מאי דמספקא לי אף לדברי הגאון ז"ל בנ"ד שהרי הורה גבר בסוף התשו' הנז' הורה לו את הדרך ילכו בה להנצל מחשש שבועות וז"ל אך אם יסכימו כל אנשי הקהלות אשר במדינה הזאת שמהיום הזה והלאה שיתנהגו עפ"י המנהג הזה ששום אחד מהם לא יקדש ואח"כ לשבל אלא שישבלו תחלה ואח"כ לקדש נלע"ד דבהא לית דין ולית דיין דודאי אין חוששין לשבלונות וכו' יע"ש. ולדבריו אלה שפעה"ק ירושלים תוב"ב הסכמתם היא שכל אחד מכל הקהלות לא יקדש תוך תחומה של עיר כמו שהזכרנו לעיל ומעולם לא חיישי לשבלונות אם יועיל לדעתו ז"ל הסכמה זו להציל על איש הבא ממקום אחר דחיישי לשבלונות כיוצא דבנ"ד אם נצולנו מחשש שבלונות דע"כ לא חשש הרא"ם בסי' י"ט אפי' שהמשודכת היתה מסאלוניקו והעלה דהואיל והוא מקושט' דבתר דידיה אזלינן אלא משום דבסלוניקו לא יש הסכמה כזאת שלא לקדש תוך תחומה של עיר ולהכי העלה שכל כיוצא בזה בתר דידיה אזלינן. האמנם אנן דיתבין באתרא קדישתא הדין אשר יש בה הסכמה זו אי דמי למ"ש הרא"ם דכל שהסכימו כל הקהלות תו ליכא למיחש לשבלונות הכי נמי דכותה או אי נימא דלא אמר הרב דהסכמה זו מועלת היינו דוקא להנצל על כל הדרים בעיר ההיא שהם תושבי העיר. אבל אה"נ שאם יבא איזה איש זר ממקום אחר דמקדשי והדר משבלי אף דאיכא הסכמה זו לא תועיל להיות מגן עליו להנצל מחשש שבלונות הא ודאי מספקא לי לדעת הרא"ם ז"ל, ולדידי חזי לי דגם דעת הרא"ם מסכמת שלא תועיל הסכמה זו על איש זר, דמסתמא לא יחלוק על דברי מוהר"ם שהזכרנו לעיל שכתב דמי יכנים ראשו לספק לידע מנהג המקום שילא משם ע"כ, כ"ש היכא דנודע בבירור דאיהו מאתרא דמקדשי והדר משבלי דודאי הואיל ובתר דידיה אזלינן הסכמת העיר לא מעלה ולא מורדת להנצל מחשש שבלונות כנ"ל לדון בדעת הרא"ם ז"ל והין ולאו ורפיא בידי. שוב מצאתי למוהרש"ך ח"ג סי' א' העד העיד דבסלוניקו יש הסכמה בחרם מפורסם שלא לקדש בפחות מעשרה, ועכ"ז כתב שאין להקל בקידושין מצד הסכמה זו יע"ש ומעתה הדבר יוצא לידון בנ"ד דמצד ההסכמה בחרם לא ניצולנו מחשש השבלונות אי לדעת רש"י אי לדעת ר"ח ז"ל. גם מוהריק"ו שורש פ"ד כתב כן, גם מוהרי"ט בא"ה סי' ט"ל העלה שאפי' בהפקעה מפורשת שהפקיעו הקידושין אפ"ה מיחש מיהא חיישינן ולריכה גט יע"ש שהאריך, וגם בסי' מ' חזר ושנה ופירש להעמיד דבריו אלה נגד מוהר"א מונסון יע"ש.

ועם כל זה אני אומר שסניף מיהא הוי להקל וכמ"ש מוהרש"ך ח"א סי' ק"מ ומוהרח"ש סי' כ"א וסי' ס' והפ"מ בח"ב סי' ק"ט וח"א סי' פ"ח יע"ש, גם מוהרא"נ"ח ח"א סי' ס"ח לידד שיש להקל מצד החרם, וז"ל עוד יש צד קולא קלת מצד המקדש אעפ"י שאינו כדאי בעלמו וכו' מצד סברת קלת הסוברים דאדם שנשבע שלא לעשות שום דבר ועשאו לא מהני משום דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וכו' ומעתה אף אנו נאמר שכיון שהמקדש היה אסור עליו לעשות כן מצד החרם מאי דעבד לא מהני הן אמת שכל הפוסקים בענין הפקעת קידושין הנעשים כנגד הסכמת החרם כו' שהם חולקים בזה וכו' אבל מ"מ כבר יש מי שסובר כן כדכתיבנא וכו'

יע"ש, הרי שעשה אותו סניף להקל אחרי ראותו כל הפוסקים דלא תשו בזה כלל מ"מ סניף מיהא הוי בהצטרפות סניפין אחרים, ומ"מ נ"ל דיש לחלק דשאני בנדון הרא"נ"ח שהמקדש ידע בהסכמה והחרם ההוא הלכך עשאו סניף ושפיר, אבל בנ"ד שהמשדך היה מקושט' ואפשר שלא ידע מהסכמת עה"ק ירושלם ת"ו וא"כ לא מיקרי עובר על החרם ואכתי איכא חששה דשבלונות.

עם כל זה נ"ל דבחשש שבלונות דאינו אלא חששה בעלמא יש לעשות סניף הך הסכמה וראיה לזה שהרי מוהרח"ש סי' ס' עשאו סניף להקל כאשר יראה הרואה לשם, וראיה לדבר שהרי מוהריק"ו שורש פ"ד יצא לקראת נשך לחלוק על מי שהורה שלא לחוש לקידושין מכח הסכמה בחרם שלא לקדש בפחות מעשרה והרבה בראיות שאין כדברי המורה ממש דהחרם הוא כחרמו של יס ואין בו ממש להפקיע הקידושין דלא אלים מחרם רבינו גרשום מאור הגולה יע"ש באורך. ואילו בשורש, קע"א בענין שבלונות העלה להתיר מצד שהקנין נעשה סמוך להכנסת כלה ובליל שבת שלא השבלונות ומאחר שכן אי אפשר לומר שנתקדשה לפי' רש"י ולא ע"י קידושין אחרים כפי' הגאונים דהא אנן מקדשין בשבת ומאחר שכל הפוסקים ס"ל דאסור לקדש בשבת אין לנו לומר שעבר על דברי חכמים יע"ש באורך וברוחב, ואיברא דהך דסי' קע"א שכתב דמכח זה אין לחוש לא לפירש"י ולא לר"ח לא זכיתי להלמו דבשלמא לפירש"י דהשבלונות הן הן קידושין שפיר איכא למימר דליכא למיחש בהכי הואיל והשבלונות היו בשבת מאחר דאסור לקדש בשבת ליכא למיחש שאלחן לקידושין אמנם לפי' ר"ח דס"ל דחשש השבלונות הם משום הקידושין שקדמו, א"כ גם בנדון זה ניחוש שמא קדמו קידושין יום ע"ש מבע"י ואפי' שהקנין נעשה סמוך להכנסת כלה מ"מ אפשר דקדים קודם בעת שהיו מדברים בשידוכין וגמרו לשדך קודם הקנין יום או יומים וא"כ אמאי כתב דליכא למיחש בהו גם לדעת ר"ח, אם לא שנאמר דס"ל דגם לר"ח אין לחוש לקידושין שקדמו אלא דוקא ברשדיך קודם והכא גמר השידוכין היה הקנין והקנין נעשה ע"ש עם חשיכה כל כי הא ליכא למיחש שאחר הקנין קידש שהרי קדש היום ושבת היום ואסור לקדש ומסתמא אין להחזיקו לעבריין אף לדעת ר"ח אין לחוש בכגון זה וזהו שסיים מוהריק"ו שם וז"ל ופשיטא דאין לחוש בכך דע"כ לא פליג ר"ח אשאר הדעות והגירסות אלא שאין הכרע לומר שלא קידש אבל בכאן שיש הכרעה גדולה כדפי' נלע"ד שאין לחוש עכ"ל. זלעד"ן ההכרעה גדולה שיש כדי שלא לחוש לדעת ר"ח היינו ממה שהיה הקנין ע"ש עם חשיכה כדבר האמור כנ"ל ודוק.

הדרן למאי דאתינא עלה שהרי מוהריק"ו הקל מחמת שהשבלונות היו בשבת ובודאי דלא הוי עברין, ומה בכך הכתי נימא דעבר וקידש דהרי חייבי לאוין תפסי בהו קידושין ואפשר שזה שלח השבלונות לשם קידושין ועבר ע"ד רבנן וכההיא שכתב בשורש ע"ד כנז"ל. אלא ודאי דשאני ליה בין קידושין לשבלונות דדוקא בקידושין הוא דאמרינן דאין החרם מועיל להפקיע קידושי תורה משא"כ בשבלונות דאינו אלא חשש בעלמא, הלכך כל דאיכא הסכמה וחרם מסתמה אמרינן דלא עבר על החרם ולא שלחם לקידושין וסניף מיהא הוי להקל וכדעת מהרח"ש ומוהרש"ך והפ"מ כנז', ועיין בס' בני חיי בחיבורו לטא"ה סי' מ"ה מה שהאריך להקל בנ"ד בענין השבלונות. ובדף פ"ו ע"ב עשה סניף פרט זה של ההסכמה ונסתייע מדברי כל הפוסקים שהזכרנו ובכללן הביא דברי מוהריק"ו הנז"ל סעד לתומכו יע"ש, ועל כרחין לחלק דס"ל לכמוהר"ח אלגאזי הנז' דיש לחלק בין קידושין לשבלונות וכדכתי', תדע לך שהרי בחיבורו לטא"ח סי' של"ט הביא פסק

מוהר"ש

פשיטא דכה"ג ליכא למיחש למיעוטא וכ"ש נגד חזקה עכ"ל יע"ש. ומינה גם לנ"ד הוא הדין והוא הטעם דליכא למיחש בהו שהן עלמן קידושין.

ואם נלך אחר בית דינו של משה הוא המבי"ט ז"ל בח"א סי' של"ח דן את הדין דאף דהאיש הוא מאתרא דמקדשי והדר מסבלי כל שהאשה היא מאתרא דמסבלי והדר מקדשי אין לחוש לסבלונות כלל דבתר דידה אזלינן ולא בתר דידיה והאריך בראיותיו וכך העלה להלכה ולמעשה ככתוב בתורתו יע"ש, דלפי זה אי בתר דין הרב גרירנא ודאי דבנ"ד אתתא זו שריא ואין צורך לכל מ"ש. אלא דירהה דלא פסקא משה למילתיה והלכה זו איננה כפוסקה לגבי משה כאשר אבאר. דהנה המבי"ט ז"ל לר לו לענין דינא מהסיא דתשו' מוהר"ם שהביא המרדכי ס"פ האיש מקדש שכתב דמי יכנים ראשו לספק לידע מנהג המקום שילא משם דמוכח מינה הפך דינו. וכדי שלא תהיה תשובה זאת עומדת לסתור דינו פירש אותה כמ"ש מוהריק"ו שורש קע"א דע"כ לא העלה להחמיר אלא דוקא כשבמקום האשה רובא מסבלי ומיעוטא מקדשי דאתו למיטעי, אבל כל שבמקום האשה כולהו מסבלי אף דהוא מאתרא דמקדשי ודאי דבתר דידה אזלינן ובזה לא החמיר מוהר"ם. ושוב כ' דהגם דמוהריק"ו מפרש להסיא דמוהר"ם אף שהאשה היא באתרא דכולהו מסבלי דחיישינן שמה הוא מאתרא דמקדשי, שנראה הפך דינו לא אמרה מוהריק"ו אלא בגליל א' יע"ש באורך באופן שדעתו מסכמת בפי' דברי מוהר"ם דלא חש לה אלא דוקא במקום דמיעוטא מיהא מקדשי במקום האשה אבל כל שבמקומה כלהו מסבלי לא חש לה כלל זת"ד יע"ש דרך ארוכה.

ואשתומם על המראה דבסי' מ"א כתב המבי"ט גופיה בכ"ד דהגם דארס נוצא הן לו יהא אתרא דכולהו מסבלי אפ"ה חיישינן ממ"ש מוהר"ם דחיישינן לסבלונות שמאחר דמי שלאחם היה מארן נכריה יע"ש. והסתירה מבוארת מניה וביה דהלא בסי' של"ח הנז' יגע כמה יגיעות וטרח בעשר אצבעותיו להעמיד ולפרש הך כמוהר"ם ומ"ש מוהריק"ו עליה. דאינו אלא היכא דבאתרא מיעוטא מסבלי וכדמוקי לה באותו גליל הא לאו הכי ודאי לא חשש מוהר"ם להחמיר, א"כ איפה היאך פה בסי' מ"א העלה איפכא בעד מוהר"ם דאפי' דכולהו מסבלי חש מוהר"ם כבא מארן נכריה, ובודאי דבשני המקומות דבסי' מ"א העלה להחמיר ובסי' של"ח העלה להקל לא פלגן בהדייהו דאין הנשואין שוין ואין הנדונים שוין וחילוק רב יש בין נדון דסי' מ"א לנדון דסי' של"ח כאשר ירהה הרואה אך עיקר תמיהתנו איננה אלא במ"ש דאפי' אם ארס נוצא היא מקום דכולהו מסבלי אפ"ה חייסי' ונסתייע ממוהר"ם הא ודאי קשיה לן ממה שהעלה בעד מוהר"ם בסי' של"ח שהם סותרים זה את זה, כדבר האמור.

שוב מצאתי להמבי"ט עצמו בח"א סי' ש"מ נרתע לאחוריו לענין הדין אחרי שראה דברי הרא"ס ז"ל והעלה להחמיר וחזר בו ממ"ש בסי' של"ח יע"ש, ובכן אני אומר דהסיא דסי' מ"א לאחר חזרה היא שנויה, ולכן גם בפי' דברי מוהר"ם נטה דעתו לפרשה אפי' באתרא דכולהו מסבלי, והסיא דסי' של"ח קודם חזרה שנויה כנלע"ד.

באופן דמדברי המבי"ט הדבר יוצא לנדון דידן להחמיר דהרי חש לדברי הגאון ז"ל, אכן יש להקל מן הצדדין הנז'.

עוד יש סניף להקל לקוח הוא מדברי הפוסקים ז"ל והוא זה, כי נודע לנו לעין כל הדרים פה עה"ק ירושלים ת"ו אשר הסכמה קדומה בינינו בחרמות ונידויים ובכל תוקף מקודשים אשר באר[ץ] הצבי כי"ע שלא לקדש שום בת ישראל טרם עת הנישואין בתוך תחומה של עיר זולתי חוץ לתחום. וכל העובר לקדש בקרב הארץ הרי הקידושין

ההם מופקעין ועומדין אפי' שיהיו במאה עדים אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה והרי הוא נלכד ברשת הנ"ש. והסכמה זו נהוגה אצלינו עד יבא מורה לדק וכן אנו נוהגין לענין מעשה ואין מקדשין אשה פה עה"ק ירושלים ת"ו זולתי ב"שמעון הצדיק" שהוא חוץ לתחומה של ירושלם, או בתוך העיר בעת הנישואין דוקא.

ואיברא דאי מפאת הסכמה זו לחודה אין ממנה לימוד לנ"ד שלא לחוש לסבלונות הגם שהיא בחרם שהרואה יראה כגון זאת שאול שאל כמוהר"א ן' יעיש ז"ל הובאה שאלתו בס' מים עמוקים סי' ל"ו ששאל מהגאון הרא"ס והתשו' לא נדפסה שם רק היא מודפסת בשו"ת הרא"ס בח"א סי' י"ז שהשיב לו על כל פרט ופרט אשר שאל לו ועל פרט זה השיב לו ז"ל נלע"ד דמלתא דפשיטא היא דהסכמת הקהלות בקנס נח"ש איננה מועילה כלל דהא אילו אמר האיש שעבר על חרם הקהלות יקדשה בפני פ' ופ' וכו' מי לא הוו קידושין וכו' עד וליכא למימר מכיון שעבר על החרם נימה כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה דהא היכא חייבי לאוין ושניות לערוות וכמה עבירות דאוריתא ודרבנן דתפסי בהו קידושין וכו' וא"כ חרם דר"ג לא אלימא לאפקועי קידושין כ"ש וכ"ש בדורות הללו וכ"ש אם אמרו ששכחו החרם או שלא שמעוהו וא"כ אעפ"י שיש בזה הסכמה וכו' עדין יש לחוש שמא נתקדשה לרש"י ז"ל באותן הסבלונות ולר"ח קודם אלו הסבלונות וכו' והביא ראיה מתשובות הרשב"א יע"ש באורך.

והנה בדברים הללו שכתב דאף בהסכמה זו יש לחוש שמא נתקדשה בסבלונות לרש"י ז"ל, לא יכולתי להלמס. יען הרואה יראה אורך השאלה שם במים עמוקים שנשאל מאת כמוהר"א ן' יעיש ז"ל עוד ילמדנו רבינו לפי שרבו הספיקות הנופלים בין הספרדים בענין הסבלונות בסיבת שהם נוהגים שהארוס יבא מיד אחר השידוכין בבית חמיו ואוכל שם ונכנס ויולא תמיד ואינם יכולים להזהר שלא תקבל איזה מתן מיד הארוס והם רולים למלוא תקנה להנצל מחששה זאת אם יועיל לדעת ר"ח דחיים שמא קדש קודם הסבלונות שיעשו הסכמה בין קהלות הספרדים בקנס נח"ש שסוס אדם לא יקדש בפחות מעשרה וכו' דברי האי גונא נראה דליכא למיחש שמא קדש קודם לכן דמסתמא לא עבר על החרם לקדש שלא עפ"י ההסכמה וגם אין לחוש שקדש בפני העשרה שהנה החזן והממונים יכחישוהו ויעידו שלא קידש בפניהם וכו' יע"ש. הרי שחשש הרב הוא על איזה מתן שיתן הארוס לארוסתו בינו לבינה דבכה"ג אם ההסכמה מועלת להנצל כדעת רש"י וא"כ מהו זה שכתב הרב ז"ל עדין יש לחוש מדעת ר"ח דחייש לקידושין שעברו דלדעתו לא בעי עדים לסבלונות דהא היכא למיחש שמא קידש בפני עדים והלכו להם למדינת הים. וניחא תשו' הרא"ס שהשיב לו דלא תועיל ההסכמה להנצל לדעת ר"ח ושפיר. אבל לפירש"י ודאי דליכא למיחש על המתן הזה שנותן בינו לבינה דליכא למיחש לסבלונות אם לא דאיכא עדים דאז הוי חשש קידושין אבל בלתי עדים לא וא"כ אמאי לא תועיל הסכמה זו להנצל לדעת רש"י וא"כ מהו זה שכתב הרב ז"ל עדין יש לחוש שמא נתקדשה לרש"י וכו' דהא הואיל וליכא עדים מאי חשש איכא. ואין לומר דיסבור הרא"ס בעד רש"י כס' רבי' שמחה ז"ל שהביא הרב תה"ד דלרש"י אפי' בלתי עדים חיישינן לקידושין. הא ליתא חדא דהרי רש"י ז"ל בהדיא אמר דלא חיישינן אלא בשולח סבלונות בעדים.

ותו דהא תרגם התרומת הדשן דברי רבינו שמחה דעדים בעי בעת השילוח אבל בעת הנתינה הוא דאמר דלרש"י לא בעי עדים כמבואר בת"ה שם יע"ש. ותו דהרא"ס עצמו בסי' ס"ח כתב בהדיא דלרש"י בעי עדים, והקל

מש"כ באתרא דמסבלי וכו' כיוצא בנ"ד אכתי איכא לדון ככל האמור לעיל דיסבור דראית העדים לחודה לא יספיק בלתי שידעו דלקידושין אי כוין .

צא ולמד ממ"ש מוהר"א ן' יעיש ז"ל הובאו דבריו בתשו' הגאון הרא"ם ז"ל סי' י"ז וז"ל ומה שנסתפק לכת' עוד אם הסבלונות שחוששין וכו' הם אותם הנשלחים וכו' בקולי קולות בפומבי וכו' ואמרת שהסברא מכרעת שכיון שאנו מוציאין האשה מחזקת פנויה וגם רוב אנשי העיר מסבלי והדר מקדשי צריך שיהיו הסבלונות שאנו חוששין להם בדרך הוכחה וראיה על הקידושין דהיינו כשהם משולחים בפרהסיא מפני שאותו הפרסום מורה ששולח אותם לשם קידושין או שקדמו להם קידושין מש"כ בחתן שנוהג הארוס לארוסתו וכו' ליתא וכו' יע"ש שדחה הגאון הרא"ם דבריו דאפי' בינו לבינה מהני כיון דשדיך ומ"ש רש"י שישלחם בעדים היינו לומר כדי שיהיו לעדים בעת נתינתן לאשה כמ"ש הר"ן או כדי שיהיו לעדים בעת שלוח הסבלונות לדעת רבינו שמחה זת"ד יע"ש. והרואה יראה דאף באתרא דמקדשי והדר מסבלי בעי שיהיו לעדים למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה ופשט הדברים מוכיחים דבעי שיהיו מזומנים לעדים מדנקט שיהיו לעדים משמע הא דרך אקראי לא .

ועוד אני למד מדבריו שם דלא חלק הגאון עם מוהר"א ן' יעיש והעלה דאפי' בינו לבינה מהני מאחר דאיכא עדים או בשילוח או בנתינה למר כדא"ל ולמר כדא"ל אלא דוקא באתר דמקדשי והדר מסבלי דאפי' בצינעה חיישינן הואיל ושדיך. אבל באתר דמסבלי והדר מקדשי לא ביאר שם הגאון דמהני. וכל כי הא נראה לי דאזיל ומודה דבאתר דמסבלי תחלה בעינן שהסבלונות ישלח בפרהסיא וכמ"ש מוהר"א ן' יעיש שאותו הפירסום יורה ששלח אותם לשם קידושין הא לאו הכי לית בהו מיחוש לקידושין וכמו שכתב מוהר"א ן' יעיש שכן הסברה מכרעת ולא מצינו שחלק עליו הגאון גם בזה דהיינו באתר דמסבלי והדר מקדשי, אלמא דנענע לו בראשו להיכא דמסבלי והדר מקדשי דשתיקה כהודאה דמיא, והואיל וכן הוא הדר דינא לנ"ד דאתר דמסבלי הוא ולא נשלחו בפרהסיא רק בצינעה והעדים במקרה נמצאו ולא הוזמנו לכך דיש לדון שלא לחוש לסבלונות כלל לא לפירש"י ולא לס' ר"ח מטעמו של מוהר"א ן' יעיש ז"ל ושתיקת הגאון הרא"ם ז"ל דנראה כהודאה כאמור .

ודרך אגב הך תשו' דסי' ס"ח הנז"ל קשיא לזווגה לפקע"ד עם תשו' הגאון ז"ל סי' י"ט והוא כי הרואה יראה בההיא דסי' ס"ח שנטה דעתו של הרא"ם להקל ועיקר טעמו הואיל והאשה מכחשת שלא באו לידה הסבלונות. וזהו טעמו וממשו אשר צידד בו כמה צדדין להקל כאשר יראה הרואה לשם באורך וברוחב, ואילו בסי' י"ט חלק על דברי מוהר"א ן' יעיש שהורה להקל וסוף דבריו שם כתב וז"ל וא"כ כל מה שבנה על זה הוא בנוי על תוהו עכ"ל, והנה הוא עבדא דשגידנא קמיה ומקמי דיקר אוריתיה ולאיכנא עפרא מתותיה קשיא לי בגויה דהא נדון מוהר"א ן' יעיש הוא שהאשה היתה מכחשת שלא קבלה הסבלונות שהם המועלים כמוזכר בשאלה ועי"ז כתב מוהר"א ן' יעיש בתשו' דף כ"ג ע"ד ז"ל בנדון זה שאין לנו שום עדות ושום ראיה ולא שום קול בין השכנים והאשה מכחשת ואומרת שלא שלח לה שום דבר וכו' עד נלע"ד שאין לחוש בסבלונות אלו שום חששה ע"כ, אמור מעתה הגם דבשאר הטעמים שדי בהו נרגא, איך לא שת לבו הגאון לטעם זה שהאשה מכחשת דלדעתו ז"ל טעמא רבה הוא שעשה מעשה להקל בסי' ס"ח והלא בנדון דסי' י"ח לא היו עדים רק ששלחם ע"י קטן והקטן הוא נתנם לאם הכלה ונמצא דאין כאן עדים לא בעת השילוח ולא בעת הנתינה וקטן לאו בר עדות הוא וא"כ הא עדיף מנדון דסי' ס"ח, ומדוע הרב ז"ל עשה עצמו מעלומי העין בפרט זה ועמד עליו וסתר את דבריו ולא זכר שם דאיכא טעמא רבה להקל מהכחשת האשה וגם שלא היו עדים בדבר כלל. ותמיהה זו נפלאה בעיני מאד ודברי הגאון ז"ל שנגבו מני בשתי תשובותיו דנראה דפלגן בהדיהו וקשה לזווגן כעת ולל"ע .

הדרן למאי דאתינא עלה דבנ"ד אין לחוש לא לפי' רש"י מצד העדאת העדים דיש לצדד דכלא חשיבי הואיל ולא הוזמנו לכך, ולא לפי' ר"ח דליכא למיחש לקידושין שקדמו כדבר האמור .

תו יש לדון דליכא לחוש בנ"ד לקידושין שקדמו לפי' ר"ח והוא מאשר הורה גבר הוא מוהרי"ט ז"ל בשניות סי' כ"ח וז"ל עוד יש לברר בשולח דורונות בקושט' סתם ולא פירש כמנהג המדינה וכו' יש טעם לחוש לפי שבקושט' אין לחוש לקידושין שקדמו אלא לסבלונות שקדמו שהרי אין מנהג העיר לקדש קידושין גמורים אלא בשעת כניסתם לחופה ואין גם אחד שיעשה כך בהקפדה לקדש קודם הסבלונות לפי שהסבלונות עצמם חוששין להם לזיקה, יע"ש, דבר הלמד מענינו לנ"ד דאפי' שזה ששלח הסבלונות הוא מקושט' ובתר דידיה אזלינן כמ"ש הרא"ם ז"ל והנמשכים עמו להחמיר הרי הורה לנו מוהרי"ט ז"ל דבקושט' אין לחוש לקידושין שקדמו שהרי אין מנהג לשום אדם לקדש קודם סבלונות אלא דוקא בעת כניסתן לחופה וא"כ תו ליכא למיחש בנ"ד לקידושין שקדמו אף דבתר דידיה אזלינן. גם מוהרי"ט בשניות חא"ה סי' ל"ט פסקא המתחלת וכבר ראיתי וכו' גם שם כתב כמו כן יע"ש גם בס' מגיד מראשית לכמוהר"ח אלפאנדרי ז"ל סי' ג' אחר שנשא ונתן באמונה באורך וברוחב בכל פרטי הסבלונות להחמיר וסוף דינא העלה להקל מטעם דחשש סבלונות דקושט' הו"ל ספיקא דרבנן, ואיליה ממ"ש מוהר"א ן' יעיש דחשש הסבלונות אינו אלא מצד הסכמה שכך הסכימו לחוש לסבלונות כמו שהגיד אליו הרא"ם ז"ל פה לפה וראיה לזה ממה שחוזרין ומקדשין בעת החופה ועוד ממה שחוזרין הסבלונות ואם איתא דהוו קידושין ממש אמאי הדרי הא קי"ל דקידושין לא הדרי כדי שלא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה אלא ודאי דאינו אלא מצד מנהג והסכמה זת"ד הרב שם יע"ש וזה מסכים הולך כדברי מוהרי"ט שכתבנו. והדר דינא כדכתיבנא דבנ"ד אין לחוש לקידושין שקדמו כלל .

ותו איכא סניף אחר להקל בנ"ד דלפי הנר' מתוכן דברי השאלה שהסבלונות שלחן מיד אחר השידוכין ולא עברו ימים רבים בין השידוכין לסבלונות דהלא כל הזמן שקבעו לנישואין ל' יום הוא מוכרח שהסבלונות ששלח מיד הוא, וכיון שכן באנו למ"ש מוהריק"ו שורש קע"א וז"ל ועוד נראה שאין לחוש כלל לאותם סבלונות הנעשות אחר הקנין תכף לא לפי' רש"י ולא לפי' הגאונים דמ"ש לחוש דשמא קדש קודם זהו דוקא היכא שאפשר לומר שכבר נתקדשה זה שנה או שנתים בצינעה וכו' אבל היכא שעושין הקנין וכו' ותכף בו ביום או למחרתו שולחים הסבלונות אם איתא דקדש בין קנין לשילוח קלא אית ליה והביא ראיה לזה יע"ש ומהרש"ך בח"א צידד בזה להקל גם הפ"מ בח"א סי' פ"ח וח"ב סי' ק"ט ובס' בני חיי בא"ה סי' מ"ה כולם עשאוהו סניף להקל הלא בספרתם, ומינה דן אנכי גם בנ"ד להקל שלא לחוש לקידושין שקדמו מהך טעמא גופיה, גם לפי' רש"י כתב מוהריק"ו שם דליכא למיחש לשמא כן עצמם קידושין מכמה טעמים, חדא דאם איתא דלקידושין מתכוין היה הוא בעצמו מקדשה כדמוכח בריש פ' האיש מקדש דמצוה בו יותר מבשלוחו וגם איסורא איכא אם לא ראה אותה מקודם כדאיתא התם וא"כ

פשיטא

התרה לשבועה וכו', ועוד כה שממו קנס מלד ללד' על החרטה הכל בכתב הרי שהסכים שלא לקדש מאחר ששמו קנס כי אחר דאגידא ביה לא שייך קנס כי הקנס הוא שלא יחזרו בהם. הרי שהתר השבועה שהתירו לו ושימת הקנס אין לך מעשים גדולים מאלו וכו' וע"ש, אמור מעתה דמכח התר שבועתו ושימת הקנס ונכתב בשטר מה מועיל כי יצעק אח"כ ויאמר דלקידושין איכוון הא ודאי אפי' אי צווח כולי יומא לא משגחינן ביה, ולא דמי לנדון מוהריב"ל כלל דהתם אי משום התנאי לחודיה ודאי דאי פריש ומודה דנתכן לקידושין ודאי דאין בתנאי ממש אבן בנדון הרב דאיכא מלבד שהודה עם החכם אלא שנתחייב בקנס ונכתב שטר ודאי דאין בדבריו האחרונים ממש וזה ברור דאיכא בינייהו טובא.

עוד נ"ל דשאני בנדון מוהריב"ל דאתי עלה מכח דהתנאי היה בעת השידוכין אך בעת נתינת הסבלונות לא היה התנאי הסוא ולא חזרו והתנו בעת הסבלונות ולכן דייני שנאמר דע"ד התנאי הראשון היה מאחר דבעת נתינת הסבלונות היה סתם ולא קרא ערער עוד משא"כ אם פירש דבעת הסבלונות לקידושין איכוון ודאי דמהני מאחר דהתנאי לא נעשה סמוך לנתינת הסבלונות אמרינן בטלו דבריו האחרונים את הראשונים. אבל בנדון מוהר"א ברודו דתכף שהודה לדברי החכם וקבלו עליהם קנס נתן הלמידים על ידיה לענין כל ודאי דע"ד מה שקבל עליו לפני החכם נתן, ותו לא מהימן לומר דלקידושין אכוין דלא אתי דיבור ומבטל מעשה רב שעשה בפועל בהתרת שבועתו ובקבלת קנס בעת ובעונה היא ככ"ל וראשון מחוור טפי, באופן דאין מזה קושי על דברי מוהר"א ברודו.

ברם מה שתמה האיש משה שי' עמ"ש מוהר"א ברודו על מוהריב"ל סבור אני דע"כ לא נסתפק בזה אלא כשנתן הסבלונות ההם בפני עדים וכו' ובמקום שחוששין, ותמה עליו בתרתי דהלא מבואר בלשון מוהריב"ל דהסבלונות ההם לא נתנם בפני עדים והיכי קאמר הרב סבור אני וכו' וליתא גם בנדון מוהריב"ל איירי במקום שאין חוששין והיאך כתב דאיירי במקום שחוששין והניחו בל"ע, הא ודאי תמיהה רבתי היא לענין כל לית לה פתרי נוסף ע"ז אני תמה על מוהר"א ברודו מקמאו אל קמאו דלעיל מינה דף רכ"א ע"ד הביא תשו' מוהריב"ל דח"ג וכתב ז"ל אלא שבנדון דידיה לא נמצאו עדים בשעת נתינת סבלונות וכו' יע"ש, אמור מעתה היאך סתר עצמו כאן לכתוב דמוהריב"ל מיירי כשנתן הסבלונות ההם בפני עדים דנמצאו דבריו סתרי אהדדי ולא ידענא מאי אידון בהו וצל"ת.

תו חזינא להרב כמוהרמ"י יצ"ו שם קרא ערער על מוהר"א ברודו וז"ל גם את השני שכתב דאיהו טעמא תרילא מפני דעתם של אלו והרואה אומר לשם דורונות והו"ל מקדש בלא עדים. תם אני לא אדע מה בלע במראית העין וכונת דעתם של אלו בהבית במונח דהמסבל אמנהג גופיה אמנהג קושט' סמיך וכו' דודאי כל שהעדים רואים נתינת הסבלונות וכו' עד אין העדר ידיעתם ומחשבותם לשם דורון מוליאתו מחשש קידושין וכו' והאריך בראיות לדחות את ס' זו יע"ש באורך וברוחב.

ואני אומר להלין בזה דהן אמת דכן הוא דכל היכא דחשו ליה הפוסקים בסבלונות ואפי' בעיקר ממקום למקום אף דהעדים לא ידעו ולא יבינו אי לקידושין איכוון אי לא ודאי דלא חיישינן לידיעתן וכלא הוא חשוב אלא כל שנתן הסבלונות בפניהם סגי, מיהו הכא בנדון הרב כמוהר"א ברודו שאני דהיינו טעמא דחשיב להו כמקדש בלא עדים משום דהנך סהדי הם הם אשר נמצאו בפני חכם העיר כשהודה לפניו שלא לשלוח הסבלונות לקידושין וכשהתירו לו שבועתו והטילו קנס ביניהם כל זה היה בפניהם ומשם הלכו עמו לבית חמיו ונתן הלמידים, וכיון שכל ההתראות והקנס הכל היה בפניהם כל כי הא ודאי דסבורים הם דסבר וקבל לעשות כבני עירם ושלא ליתן הסבלונות לשם קידושין כלל. וא"כ אי נימא דהוא כיון בעת נתינת הסבלונות לקידושין תו שפיר הוי כמקדש בלא עדים אחרי ההתרה והקנס. ובהא מלתא דוקא הוא שנטה דעת כמוהר"א ברודו ז"ל דהוי כקידש בלא עדים אבל לעולם דבעלמא גם הרב ז"ל אזיל ומודה דלא אזלינן בתר מחשבת העדים וידיעתן והכא שאני דידיעת העדים היא הפך כונת המקדש מאחר דהמה ראו מעשה רב דהודה לדברי החכם ככ"ל למדקדק בדברי הרב כמוהר"א ברודו ז"ל ובזה הותרה תמיהתו מעליו.

ומ"מ גם אני כ"ל דדילמא בכל הנהו עובדי דמייתי כמוהרמ"י יצ"ו דחשו לסבלונות היינו לדעת ר"ת ז"ל דחשש הסבלונות הוי משום קידושין שקדמו דלדעת ר"ת אף דליכא עדים מהני, אבל אה"נ דלרש"י ז"ל דהסבלונות הוו גופייהו קידושין ובעי עדים ודאי דבעי' שגם העדים ידעו בדבר דמכוין לקידושין שלא יהא נראה כמקדש בלא עדים. ודברי מוהריב"ל דח"ג סי' ל"ה שהביא הרב יצ"ו סעד לדבריו דהתם במפרש הוא ואפ"ה חששו הרואה דברי מוהריב"ל שם בלביונן דלשיטת ר"ת הוא דח"ש להו ותדע לך שהרי כתב מוהריב"ל וז"ל ואם לחסך אדם דכיון דהסבלונות כשנתנם המשדך לא היו עדים בדבר וכו' אינן קידושין כלל הא ודאי לאו מלתא היא לפי' ר"ת וכו' עד ומילתא דפשיטא דלפי' ר"ת דאין לריך עדים כלל לא בשעת שליחת הסבלונות ולא בשעת קבלתם אם שניהם מודים וכו' יע"ש. אמור מעתה דגם כל המורים דחשו לסבלונות אפי' בהולך ממקום למקום אינו אלא לפי' ר"ת דלא בעי עדים ולא לפירש"י דאה"נ דלפירש"י ודאי דבעו סהדי שידעו בדבר דאיכוין קידושין וכמ"ש מוהריק"ו וחזר הדין כדכתיבנא דבנ"ד שלא הוזמנו העדים לכך ודאי דאין כאן בית מיחוש בנ"ד לפרש"י ז"ל והו"ל כקידש בלא עדים דלא מהני וכטעמי תרילו דכתיבנא וכמו שליגד כמוהר"א ברודו כנז"ל באורך כמו כן יש להקל בנ"ד מטעם העדאת העדים. אך מאי דאיכא לספוקי בנ"ד הוא לשיטת ר"ת דחייש בסבלונות מש"ס קידושין שקדמו, וגם בזה לפי אשר ראיתי בדברי הפוסקים יש לדון להקל בנ"ד כאשר אבאר בס"ד.

דהנה המחמיר בסבלונות אשר עליו בנו דייק כל הפוסקים הוא הגאון מוהר"מ ז"ל והלא ראינו בתשו' להגאון הרא"ס סי' נ"ח שליגד להקל וכתב בנ"ד שאין לחוש לפי' ר"ת וז"ל ולא לשמה קדשה קודם לכן כפי' ר"ת שהרי תכף שלקח לה המפשר הקנין מיד שלא לה וכו' ועוד שאם היו שם קדושין שקדמו להם לסבלונות לא היה תובע המשדך להחזיקה לו לאשה מכח הסבלונות וכו' עכ"ל לעניננו. ומזה למדו הפוסקים שכל שמה שמחזיקה שהיה אשתו הוא מכח הסבלונות. הרי מורה ובא דליכא למיחש לקידושין שקדמו כמ"ש הפ"מ ח"א סי' פ"ח יע"ש. אף אנו נאמר הוא הדין והוא הטעם לנ"ד דליכא למיחש לקידושין שקדמו כיון שראובן מה שמחזיקה לו לאשה הוא מכח הסבלונות דזה יורה דמודה ובא דלא קדשה קודם לכן וזה ברור, והגם דמהך תשו' של הרא"ס ז"ל הרואה אותה בלביונה ובקומתה מתחלה ועד סוף ראה יראה דס"ל דלרש"י ז"ל כל דאיכא עדים בעת שלחם לבד סגי אף דליכא עדים בעת הנתינה ומסתמיך הגאון מדברי הרב תרומת הדשן משום דאתן סהדי. וריהטת דבריו מוכיחין דלא בעי שידעו העדים דלקידושין היכוין אלא סתמו כפירושו וחיישינן בסבלונות לקידושין, ומשם ראיה למ"ש הרב כמוהרמ"י יצ"ו כנז"ל, מ"מ הרואה יראה דלא אמרה הגאון ז"ל אלא בהתרא דמקדשי והדר משבלי ושפיר,

משא"כ

כמה לדדין להקל, וא' מהסניפי' דשייך לנ"ד הלא הוא ועוד יש כאן סניף לסנף שלא לחוש בנתינת למידים הללו לדעת רש"י שיהו משום קידושין עלמס. ממאי דכ' מוהריק"ו שיש ללדד בדברי רש"י דע"כ לא חשש רש"י וכו' אלא כששלח הסבלונות בשני שלוחים וכו' אמנם כששלח סבלונות בשליח אחד וכו' אף שנמלאו עדים בשעת נתינת הסבלונות אפשר שבדרך מקרה נמלאו ואיהו לשם דורונות כיון דלא מוכחא מלתא עכת"ד מוהריק"ו. מעתה דון מינה שיש לסנף בנ"ד כמו כן כיון שלא שלח הלמידים בב' שלוחין עכ"ל יע"ש דף רכ"ג.

ומינה אנו לומדים לנ"ד להקל כטעמיה וכהלכתיה דאין לחוש לסבלונות דהו"ל כמקדש בלא עדים דאינן קידושין, אף דנמלאו שם עדים הואיל ולא ייחדן והזמינם לכך והגם דהלכה רווחת פסקא בטור א"ה סי' מ"ב ז"ל אבל קידש בפני עדים אפי' לא אמר להם אתם עדים שפיר דמי והר"מ פסק כן פ"ג מה' אישות והכי איתא בפ' האיש מקדש, עכ"ז נלע"ד דשאני גבי קידושין דהרי שמעו העדים כשאמר לה בפה מלא הרי את מקודשת לי הלכך כל שקידש בפניהם אף שלא ייחדן שפיר דמי משא"כ בסבלונות דאינו אלא חשש בעלמא לפירש"י דחיישי לקידו' דהיינו שנחמיר כל היכא שייחד עדים מבוררים ומזומנים אבל לא בנמלאו שם דרך מקרה.

ותו דאף דנימא דאפי' בלא ייחד אלא שנמלאו דרך מקרה יסבור רש"י ז"ל דחיישינן הפך הדעת והסברה. הן לו יהא כן מסתיין דנימא הכי היכא דהוי באתרא דמקדשי והדר מסבלי. אבל כיולא בנ"ד דהוי אתרא דמסבלי תחלה ודאי דזה לא יעלה על הדעת דמהני אם לא שייחד עדים על כך אי בעית אימא קרא אב"א סברה, אב"א סברא דבשלמא באתרא דמקדשי וכו' מאחר דכל בני המקום ההוא נהיגי הכי הרי נודע להם שכן דרך מנהגם לחוש לסבלונות ואז ודאי כל שנמלאו שם עדים לא בעי' דייחדן לכך אלא אפי' דרך מקרה מהני שהכל ידעי דמקדשי והדר מסבלי וחיישי' לקידושין והו"ל כמקדש בפני עדים ולא אמר להם אתם עדים דמהני כנז' ה"נ דכותה ושפיר, אבל באתרא דמסבלי כיולא בנ"ד דשום אחד מבני העיר אינו יודע ואינו חושש בסבלונות דהוו לשם קידושין רק שבאנו לחוש עליו מכח מנהג מקומו קושט' דהוי אתרא דמקדשי וכו' דיינו שניחוש ליה כל שייחד והזמין עדים בדבר דאז איכא גילוי דעת דקידושין הואיל וייחד עדים כשרים, אבל בלא ייחד עדים רק במקרה שם נמלאו ודאי דמאפס ותוהו נחשבו דמי גילה להם רז זה בעת ההיא דלקידושין שדר. הא אדרבא דעתן היא דלדורון שדר כמנהג מקומן וכי רוח הקדש נגלה בהם לדעת מחשבת האיש הלזה דפרים מרובה ולקידושין שדר, מי יתן כל עם ה' נביאים בדבר שלא יעלה על לב לפי מנהג מקומם וכל כי הא הדעת והסברה נותנת לדון דאף לרש"י ז"ל יורה יורה דכל שלא הוזמנו לכך פשיטא דאין בעמידתן שם דרך מקרה שום חשש כלל.

ואב"א קרא הלא אב זקן מוהריק"ו ז"ל שהעלה בעד רש"י ז"ל דאף באתרא דמקדשי לית לן למיחש זולתי בייחד עדים לכך או ששלח ע"י שלוחים שני אנשים כשרים המה להעיד ככתוב בתורת משה הנז"ל.

ותו ממ"ש מוהרי"ט בשניות חא"ה סי' כ"ט שהרבה לשאת ולתת על דברי הרב המורה בכל דבריו וז"ל הנלע"ד לנו בפסקה המתחלת ומ"ש החכם המורה נר"ו דלהכי לא חשש רש"י ז"ל לקידושין שקדמו וכו' משום דהמקדש בלנעה יולא מכלל הרוב שהרוב מקדשי תחלה בנרות דולקות ומטות מולעות והדר מסבלי לכך פירש"י שאם יש לחוש דוקא הוא היכא ששלח סבלונות בעדים שעשה בפרסום הדבר, הנה לפי דבריו יצא קולא גדולה דלפי' רש"י אם לא היה הדבר בפרסום אעפ"י שהיו עדים בהגעתן לידה לא נחוש לסבלונות דילא מכלל הרוב, וקשה דהא אמרינן בפ"ב דכתובות דאע"ג דדיירי בחלר אחת לא אמרינן אם איתא דנתקדשה קלא הוה ליה למלתא דעבידי אינשי דמקדשי בלינעא עכ"ל. ומכלל הדברים הללו אתה למד דלא מיבעיא לדברי החכם המורה דס"ל בעד רש"י דלא חיישינן לסבלונות אלא היכא שעשה הסבלונות בעדים בפרסום גדול דלפי דבריו ודאי בנ"ד לא חשיב הנך סהדי מידי הואיל ובמקרה נזדמנו ואין שום פרסום בדבר, אלא אפי' לסברת מוהרי"ט החולק עליו היינו דוקא דלא בעי רש"י ז"ל פרסום וכההיא דאייתי מפ"ב דכתובות אבל הא מיהא בעי עדים שיהיו בהגעתן לידה ובודאי דבייחד עדי' דוקא אבל דרך אקראי גם הרב מוהרי"ט יודה דאין בית מיחוש מטעמא הרילא דכתיבנה. ואם עדין לבך נוקפך לדון דמוהרי"ט יסבור בעד רש"י דבעדים סגי אפי' שלא ייחדן, אומר אנכי דהיינו דוקא באתרא דמקדשי וכו' אבל באתרא דמסבלי כיולא דנ"ד גם מוהרי"ט ז"ל יסבור דבעינן עדים גמורים שייחדן לכך ולא באקראי בעלמא מהטעם שהזכרנו, זאת ועוד אחרת מלאתי עזר לתמכי בטעמא דכתבינן לעיל מדברי מוהר"א ברודו אשר עלו ובאו בפ"מ סי' פ"ח דף רכ"ב ע"ד וז"ל וההיא דמוהריב"ל דכתבינן לעיל שנסתפק אף כשהחתן התנה בפי' וכו' סובר אני דע"כ לא נסתפק מוהריב"ל בכך אלא כשנתן הסבלונות ההם בפני עדים וכו' והמקום היה מקום שחוששין לסבלונות וכו', עד אבל בנ"ד שהש"ן והעדים הנמלאים שם וכו' כגון דא סובר אני דאף דהוא כיוון לסבלונות כיון שהעדים אינם יודעים מכונתו וסברי כי לשם דורון נתנם כגון דא מקדש בלא עדים מקרי עכ"ל לעניננו, הרי לך עזר וסיוע למאי דכתיבנא דבנ"ד נמי כמו כן כיון דמנהג המקום דמסבלי וכו' והעדים סברי דכמנהג המקום שולחם דפשיטא דאין בעדותן עדות ומקדש בלא עדים מקרי וזה ברור ופשוט לע"ד.

ובלמדי בס' תורת משה תורה חדשה מהרב כמוהר"מ ישראל נר"ו חא"ה סי' א' ראה ראיתי מגילה עפה אשר הביא דברי מוהר"א ברודו הנז' ודחה דבריו וזאת תורת משה דף ל"ז פסקא המתחלת ואולם לא מראש בסתר דברתי וכו' עד דאי מטעמא קמה מה מועיל כי נפגע בו שהודה לדברי החכם ונענע לו בראשו ותחשב לו כהודאה שתיקתו לענין שלא נחוש לסבלונות. ואיהו עליון יתן קולו דלשם מנהג מקומו שלח דלוא יהא דשתיקה דידיה וכו' עד אכן היכא דלוות ובא דלשם קידושין כמנהג מקימו וכו' והכי מתבאר מדברי מוהריב"ל ז"ל ח"ג סי' ל"ה דהתם אתנו בהדיה שיתנהג עפ"י מקום המשודכת וכו' וכתב הרב ז"ל ויש להקל כיון דתנאי היו הדברים וכי יהיב בסתם הוה וכו' דמשמע דאם באולי יאמר נא המשדך שנתכון לשם קידושין כמנהג מקומו אזדא ליה תנאה וכו' דהא חזיניה דביטל תנאו, ועוד בה ירא הרואה דאפי' במקום תנאה וכו' פקפק הרב מוהריב"ל שם להחמיר וכו' ואי כדפסיק ותני לה הרב כמוהר"א ברודו ז"ל הא מכיון דהודה המשדך לדברי האומר להתנהג כמנהג מקומם שוב אין מקום לחוש בכל גוונא ומה בכך אי לא אתנו בהדי אתתא ע"כ.

ואני בעניי גברא חזינא תיובתא לא חזינא דאיברא דהכי דייקי דברי מוהריב"ל כמ"ש, האמנם נדון הרב שאני דמסתמיך להקל טעמו ונימוקו עמו דלאו מטעם שהודה לדברי החכם ונענע לו בראשו לחודיה הוא דנטה להקל דאי מהא ודאי יש לדחות כמ"ש.

אבן הרב כמוהר"א ברודו ז"ל אתרי טעמי סמיך שכתב וז"ל ומה גם כי רואה אני שבנ"ד לא היה שתיקה וכו' שהסכים בדיבור ובמעשה עם החכם של העיר שאל

סיגויא מרווח טפי ומדלא משני הש"ס הכי אדרבא נר' לאידך גיסא דאף במקדשי וכו' בעי עדים הפך דברי רבינו שמחה. ויש ליישב לזה דעדיפא מינה אשמועינן דאפי' באתרא דרובא מקדשי וכו' אף דמיעוטא מסבלי וכו' לא בעי עדים וק"ל .

דבר הלמד מענינו דלרבינו שמחה לפי' הב"ח דבמקדשי וכו' לא בעי' עדים כלל, ומה שהצריך רש"י ז"ל עדים היינו דוקא באתרא דמסבלי והדר מקדשי דאי ליכא סהדי אף דשניהם מודים לא מהימני, ועל פי סברה זו אשכחנא פתרי לדברי הרשב"ץ שהביא מרן הב"י ז"ל דאם אין שם עדים והוא אתרא דמסבלי והדר מקדשי אין כאן בית מיחוש לא לפי' רש"י ולא לפי' התוס' עכ"ל רשב"ץ יע"ש, וכמה דיות נשתפכו בזה מלהקת נביאים ילאו נלאים וקראו עליו ערער דכל אשר בתוכו יתמה דאין לו מובן דמאחר דהוא אתרא דמסבלי והדר מקדשי אמאי כתב דדוקא אם אין שם עדים דמשמע הא אם היה עדים חיישינן. הלא אפי' דאיכא עדים כיון דהוי אתרא דמסבלי וכו', לפירש"י והתו' אין שם חשש כלל, ומוהר"י פראנג'י הובאו דבריו בשו"ת פ"מ ח"ג סוף סי' ס"ו הניחו בתימה, והרב פני משה בח"ב סי' ק"ט נדחק ביישוב דבריו יע"ש, גם הרב המאסף בהגהתו לב"י א"ה סי' מ"ה אות י"ג מטי בה משם שארית יהודה בהגהותיו שהניחו בתימה, והוא ז"ל נדחק ביישוב דברי רשב"ץ יע"ש. והב"ח גופיה קרא תגר על דברי רשב"ץ וכל הדרכים הנאמרים בו בחזקת סכנה כאשר יראה הרואה איש על שמו הלא בספרתם דעיילי פילא בקופא דמחטא בכונת דברי רשב"ץ.

אולם אני לעצמי נ"ל דלפום מ"ש הב"ח בדברי רבינו שמחה כנז'. ילע"ד דמצאנו לו חבר לרבינו שמחה לסברתו הוא רשב"ץ ז"ל דס"ל נמי כן בעד רש"י דבאתרא דמסבלי והדר מקדשי בעי' עדים הא לאו הכי לא מהימני, ואמטו להכי כתב דאם אין שם עדים דלית בהו בית מיחוש כלל, ובדוקא כתב כן לומר הא אם יש עדים ודאי דחיישי' לפירש"י וכדעת רבי' שמחה הנז' לפי הפירוש שפי' הב"ח בכונתו כנז"ל. וזו היא דרך ישרה שיבור לו האדם בדברי רשב"ץ בלי שום דוחק כלל .

ומתוך הדברים הללו הנאמרים באמת עמדתי מרעיד על הב"ח גופיה שאחרי כלות אלה הדברים סמוך ונראה הביא דברי רשב"ץ הנז' ותמה עליהם. ומפיק ודחיק ואתי מרחיק ליישב דברי רשב"ץ כאשר יראה הרואה הלא בספרתו, ואשתומם על המראה דמאחר שעלה בדברי רבינו שמחה כדבר האמור מדוע לא פי' גם דברי רשב"ץ כדעת רבי' שמחה ולא לעיולי נפשיה בשינויי דחיקי והוא תימה .

אחר הדברים האלה אינה ה' לידי ס' שו"ת מגיד מראשית בסי' ג' דף י"ד ע"ד דאייתי מתניתא בידיה דברי רשב"ץ הנמצאים אתו באמתחתו בבית גנזיו אשר מתוכן אין צורך לשום תירוץ דקושיא ליתא, ולהיות כי ספר זה אינו מצוי לעין כל ותשו' רשב"ץ ז"ל הוא דבר הנוגע לנ"ד אעתיקנה למען תהיה לי למשמרת ולהורות את בני ישראל כי סיבת קיצור דבריו דין גרמה לכל תלונות בני ישראל אשר הלינו עליו. ובהעתק תשובתו תכל תלונתם עליו והלא המה .

עוד שאלת מי ששלח סבלונות למשודכת שלו כמנהג העיר כדי לפרסם השידוכין ואח"כ טען שלשם קידושין שלחם ולא הביא עדים בדבר והיא אומרת לא קיבלתים בתורת קידושין אלא בתורת סבלונות כמנהג העיר מהו, תשו' בפ"ב דקידושין אמרינן אמר רב הונא חוששין לסבלונות שמא בתורת קידושין שלחם ור"ת ז"ל פי' חוששין שמא קודם ששלח סבלונות קדשה בפני עדים, ובין לדברי זה ובין לדברי זה אין כאן בית מיחוש כלל לפי שאין כאן עדים ואין לחוש שמא בתורת קידושין שלחם כפי פירש"י שאפי' הוא כדבריו הו"ל כמקדש שלא בעדים שאינה מקודשת. ועוד שהרי מנהגי המקום לשלוח סבלונות אפי' בלא קידושין ואין לחוש שמא קודם ששלח סבלונות קדשה כפי' ר"ת ז"ל שאין כן מנהג המקום והוא אינו טוען כן אלא שאומר שהסבלונות שלח בתורת קידושין ולא טען שקידש ואח"כ שלח הסבלונות, א"כ בין לפירש"י בין לפי' ר"ת ז"ל אין אשה זו מקודשת כלל ואינה צריכה גט ומותרת לינשא לכל מי שתרצה עכ"ל, המתבאר בדבריו אלו דתרי מילי קאמר חדא אפי' אם מנהג העיר היה דמקדשי והדר מסבלי אין שום בית מיחוש אפי' לפירש"י הואיל ואין כאן עדים, ועוד דמנהג המקום היה דמסבלי וכו'. ולכן אין שום מיחוש כלל אפי' לר"ת ז"ל מאחר שלא טען שקידש קודם לזה. ובזה סרו מהר כל דברי המתמיהין עליו דלסי' קיצור הדברים גרם להם וזה ברור .

והרואה אותה אומר ברקאי כי ממנו תוצאות חיים לנ"ד דמאחר דפה עה"ק הוא אתרא דמסבלי והדר מקדשי אין בית מיחוש לקידושין אלו של ראובן שאפי' דנחשוב עדים הנמצאים דעדותן עדות מ"מ מאחר דהוא אתרא דמסבלי וכו' אף דאיכא עדים לא חיישינן אפי' לפי' רש"י ז"ל, ופי' ר"ת בנ"ד נמי אין לחוש לקדושין שקדמו מאחר שהוא טוען שהסבלונות שלחם בתורת קידושין ולא טען שקידש קודם כן נר' לדון לדברי רשב"ץ הנז' .

ואבתי אשר עיני בשר לו המה יראו דאין זה מספיק לנ"ד להתיר דהרב ז"ל לא דיבר אלא דוקא באיש ההוא המקדש שהיה מתושבי העיר ההיא ושם היתה ארץ מולדתו ומאחר דבעיר ההיא מסבלי וכו' העלה להתיר ושפיר. אך בנ"ד דהאיש הלזה הוא מקושטא דהוא אתרא דמקדשי עדין הספק בדוכתיה קאי אי אזלינן בתר דידיה וכדבעי' מימר קמן בס"ד, דאכתי ידי משוכות מפרע זה לענין דינא, וכעת כל משאי ומתני הוא לדיעה ענין העדים אשר נמצאו בנ"ד הן בעת ששלח הסבלונות הן בעת שניתנו ביד האשה. דלפום ריהטא נר' דלפי' רש"י דחייש לסבלונות כל דאיכא עדים הרי כאן שתי זוגות עדים הן בשילוח הן בנתינה ובודאי דאיכא למיחש לנ"ד לסבלונות הללו לכאורה ומידי ספיקא לא נפקא .

ויתובי יתבינן בפרט זה ולא אשכחן בית מיחוש כלל, דאף אם נניח בנ"ד בהנח"ה סוברת דהואיל וראובן הלזה היה מקושטא יהבינן ליה כל חומרי מקום שיצא משם ושבינן ליה בנ"ד אתרא דמקדשי והדר מסבלי. מ"מ יש לצדדין להקל דלפי' רש"י הא בעי' דלהוו עדים בדבר, ומתוך דברי מוהריק"ו דשורש קע"א קע"ב הנז"ל הרואה יראה דבר המוכיח מתוכו דס"ל בעד רש"י ז"ל דלא חיישי' אלא דוקא כששלח הסבלונות ע"י שני אנשים כשרים להעיד והמה הוליכו הסבלונות ונתנום ליד האשה והוא אתרא דמקדשי והדר מסבלי אז הוא דחיישי' וכן נמי אפי' שלח ע"י שליח אחד וליוהו ליחד עדים בעת הנתינה וכן עשה אז ודאי דחיישי' וכמו שכתב כן להדיא בשורש קע"ב על מה שפטפט כנגדו החכם המורה במה שרצה לפרש בעד רש"י ז"ל יע"ש וכאשר זכרנו דבריו לעיל. דון מינה ממ"ש מוהריק"ו בעד רש"י ז"ל דה"ה אם ליוהו ליחד עדים. משמע דוקא אם ליוהו ליחד עדים שיהיו מיוחדים ומזומנים להעיד הא ביוצא בנ"ד שהעדים לא נתיחדו להעיד רק שבמקרה נמצאו דודאי דאין עדותן עדות כלל לחוש לסבלונות. וכן מצאתי ראיתי הדבר מפורש לכמוהר"א ברוזו הובאו דבריו בשו"ת הפ"מ סי' פ"ח שנשאל בראובן תושב קושט' שהלך לגאליפול דהוא אתרא דמסבלי והדר מקדשי ושידך שם אשה ונתן לה צמידים בפני קהל ועדה ע"י אמה שתתנם לכלתו והאריך הרב הנז' להקל ולצדד בה

במה

ממש שאם היה אומר בשני שלוחים היה במשמע אפי' קרובים לבעל או לאשה וכו' ואינו כן דדוקא בשולח עדים שיוכלו להעיד על הקידושין הוא דחיישי' דאז איכא גילוי דעתא. ועוד דאם היה אומר בשני שלוחים הוה אמינא דעכ"פ בעינן שני שלוחים לכן תפס לו זה הלשון לאשמועינן דה"ה אם צוה לשלוחו ליחד עדים כשיתנו הסבלונות דודאי היה מועיל וחיישי' לקידושין דמאחר דמיחד עדים גלי אדעתיה דלקידושין נתכון ולכך תפס לו זה הלשון דשלח בעדים דמשמע הא והא בלשון קצר ולא כדרכו של רש"י ז"ל בפירושיו בכל התלמוד שכולל כונה מרובה במעט דברים עכ"ל יע"ש. ומתוך זה אני למד דגם תמיהת התוס' אזדא לה דההיא דבעי' עסוקין באותו ענין היינו שתהא מקודשת גמורה, אך אמגם הכא דחששה בעלמא היא דמיחש חיישינן לקידושין היינו ע"י שזימן שני שלוחים כשרין להעיד להוליך לה הסבלונות איכא גילוי דעת קצת לשמא לקידושין נתכון מדשדר להו ע"י שני שלוחים כשרים להעיד כנלע"ד ברור בכונתו ודוק.

ומוצא דברי מוהריק"ו הללו יש לנו ללמוד דס"ל בעד רש"י ז"ל דע"כ לא קאמר דחיישי' לקידושין בסבלונות היינו דוקא כששלחן ע"י שני שלוחין כשרים להעיד. אי נמי כשצוה לשלוחו ליחד עדים כשרים בעת נתינת הסבלונות, ולדעתי הפשוט נר' דה"ה דבעת שמסר הסבלונות ביד השליח מסרם בפני שני עדים כשרים שיחדם להעיד, אז הוא דחיישי' לסבלונות. הא לאו הכי אם שלש אלה לא יעשה כגון בעת שמסר הסבלונות ליד שלוחו לא ייחד שני עדים כשרים, או לא אמר לו לשלוחו ליחד עדים כשרים בעת נתינת הסבלונות ליד האשה רק נמצאו שם שני עדים במקרה או שהשני שלוחים שעשה אינם כשרים להעיד כגון שהם קרובים וכיוצא דפסולי עדות נינהו בכל הני ליכא שום חשש סבלונות כלל לדעת רש"י כן נ"ל ברור ופשוט בתוכן דברי מוהריק"ו ז"ל הנז' וכדבעינן מימר קמן בס"ד. ומתוך דברי מוהריק"ו דשורש קע"א שהבאתי כנז"ל שכתב וז"ל ואם לא הזכיר לשון קידושין אמאי חוששין וכו' עד והכא דאין עסוקין באותו ענין דמדמותיב עלה ממתני' דשלח לה סבלונות לאחר זמן יע"ש. מאלה הדברים הדרי בי מהך שינויא דמשנינן לעיל בעד רש"י דמ"ש וקדש וכו' כונתו היא לומר דבעוד שהיו מדברים קדש ושלח סבלונות כנז"ל, דאין מקום לומר כן דליתא דא"כ מאי מותבינן עליה ממתני' דשלח לה סבלונות וכו' ומאי תיובתא נימא דמתני' דלא חיישי' לסבלונות בלאחר זמן היא הילכך לא מהני, ודברי רבא ורב הונא דחישינן לסבלונות היא מיד בעסוקין באותו ענין. אלא ודאי מדמותבינן עליהו ממתני' ש"מ דאידי ואידי בלאחר זמן היא כמ"ש מוהריק"ו ולפי זה אין מקום ליישובינו והדרא תמיהת התו' לדוכתא וק"ל.

וראיתי תורה חדשה בס' משאת משה בח' א"ה סי' א' זאת התורה אשר שם משה הרב הכולל כמוהרמ"י יל"ו האריך הרחיב למעניתו להלין יושר על רש"י ז"ל ותורף דבריו דשאני הכא הואיל ושדיך ורובא מקדשי והדר מסבלי מטעם קפידא דקפדי שמא תחזור בה כמוזכר בדברי הפוסקים הילכך איהי ודאי דלשם קידושין קיבלתינהו יע"ש באורך וברוחב, ובתורת משה הנז' דף ל"ו ע"א ראיתי שאחר שהביא קושית התוס' שהקשו על פירש"י כתב וז"ל ואולם מי יתן ידעתי ואמצאהו היכי ניחא ליה להר"ש קו' זו אמאי דאמרינן התם ולריכא דאי אשמועינן התם וכו' אבל פחות מש"פ אדם יודע שאין קידושין בפחות מש"פ וכי משדר סבלונות אדעתא דקידושין קא משדר קמ"ל, דלדידיה נמי מי ניחא דהיכי הוה ס"ד למימר דכי משדר לשם קידושין משדר והא חסריה להאי מענין לענין וכו' דהרי לאחר זמן קתני והוא הפסיק הענין ע"כ.

ולדידי חזי לי דלשיטת הר"ש ולפירושו דס"ל דחוששין לסבלונות היינו לקידושין שעברו שקדשה קודם בעדים. ניחא ההיא דאמר ולריכא וכו' דיפרש נמי דמ"ש וכי משדר סבלונות אדעתא דקידושין פי' אדעתא דקידושין שעברו בעדים משדר סבלונות השתא דמאחר דאדם יודע דאין קידושין בפחות מש"פ ודאי דקידש אח"כ קידושין גמורין ושוב אח"כ משדר סבלונות אדעתא דהנך קידושין גמורים שקדמו קמ"ל דלא. דאפשר דטעי ומאי דשדר סבלונות ע"ד קידושין דפחות מש"פ שקידש מתחלה שדר ולכך לית מיחוש בסבלונות, וכן יפרש הך לריכותא דעביד גבי קטן על הדרך שפירשנו ונמצא דלדעת הרש ולפרושו אין שום קושי מהך לריכות וכדפי' ולהכי לא הקשה זולתי על פירש"י ז"ל ככ"ל, וקלה שעד לזה לפי' ר"ח שפי' דחששה דסבלונות משום חששה דקידושין שקדמו היא דיפרש לס"ד פי' מתני' כדכתי' ממאי דמותבינן עליהו ממתני' דתנן אעפ"י ששלח סבלונות לאחר מכאן אינה מקודשת. ולפי' ר"ח ז"ל מאי תיובתיה הא מתני' מיירי ששלח הסבלונות עצמן לשם קידושין הילכך אינה מקודשת. משא"כ לרבא ורב הונא דחששה דידהו הוי משום קידושין שקדמו ומאי פירכא. אלא ודאי עכ"ל דמאי דמותיב מינה הוא דבמתני' נמי נימא שהסבלונות ששלח הוא להורות על הקידושין שקדמו דשמא מאחר שאדם יודע שאין קידושין בפחות מש"פ דילמא קדשה אחר כן קידושין גמורין ואמטו להכי משדר סבלונות אח"כ, ומשני התם כדקתני טעמא וכו', הרי לך דלפי' ר"ח הוה ס"ד לפרש כן במתני' מדמותיב עלה. ובזה אין שום תימה עליו מהך לריכותא דיש לפרשה כדכתיב ככ"ל ודוק. איך שיהיה לדעת רש"י חשש הסבלונות הוא משום דהם עצמם קידושין ולשיטת ר"ח והגאונים החשש הוי משום קידושין שקדמו. והיכא בינייהו דלפירש"י בעי' שיהיו עדים בעת הסבלונות הא לאו הכי ליכא למיחש למידי. ולר"ח ודעימיה אפי' דליכא עדים חיישינן לקידושין שקדמו כמ"ש בטור א"ה סי' מ"ה יע"ש.

והרב תרומת הדשן בסי' ר"ז הבין מדברי רבינו שמחה דס"ל דמאי דקאמר רש"י דבעי עדים היינו דבעי עדים בעת ששלח הסבלונות אבל בעת נתינת הסבלונות לאשה לא בעי עדים ומרן הב"י דחה דבריו דליתא דהא פשיטא דבעי' עדים בשעת נתינת הסבלונות יע"ש סי' מ"ה, ועיין במוהריב"ל ח"ג סי' ל"ה מה שתמה עוד על דברי התה"ד הנז'. גם הב"ח סי' הנז' דחה דבריו דמכ"ל לרבינו שמחה לפרש דברי רש"י ללדדין ודילמא מה שפי' רש"י דשולח סבלונות בעדים היינו שינתן ליד האשה בעדים ומכח זה העלה דס"ל לרבי' שמחה בעד רש"י ז"ל דלא בעי עדים כלל לא בעת השילוח ולא בעת הנתינה לאשה אלא דלא פירש"י דבעי עדים אלא בתחלת הסוגייא למאי דקס"ד דאף כמסבלי והדר מקדשי חיישי' לקידושין וכו' אבל למסקנא דמוקי לה באתרא דמקדשי והדר מסבלי ס"ל לרש"י דודאי לא בעי עדים אלא כיון שכיהם מודים ששלח לה סבלונות חיישינן לקידושין דאנן סהדי כאלו קדשה בפנינו ולא בעי עדים על הקידושין כלל וכו' וזהו דעת הר' שמחה והגאונים דעימיה שהורו דאע"ג דליכא עדים חוששין ופשוטו דליכא עדים כל עיקר ואפ"ה חוששין באתרא דרובא מקדשי והדר מסבלי מטעמא דאנן סהדי וכו' דלא כמו שפי' בתה"ד אלו דבריו ז"ל יע"ש באורך וברוחב, והגם שיש לדקדק לפי זה דא"כ כדקאמר הש"ס מאי הוי עלה אמר ר' פפא באתרא דמקדשי וכו' מסבלי וכו' ופריך עלה מקדשי וכו' פשיטא ומשני לא לריכה וכו' ולפי דבריו הו"ל לש"ס לשנויי דרב פפא אתא לאשמועינן דבמקדשי והדר מסבלי לא בעי עדים כלל, דמהו דתימא דליבעי עדים קמ"ל דחיישינן אף דליכא צדים כלל הואיל דהוי אתרא דמקדשי והדר מסבלי מטעם דאנן סהדי והך

שינויא

בא פה . העירה ירושלם תוב"ב ויהי כמשלש חדשים שידך אשה. אלמנה מבנות ירושלם ת"ו דלא חיישי לסבלונות, וראובן אחר השידוכין שלח לה סבלונות לפני עדים ר"ל שנמלאו שם שני אנשים. גם בשעה שקבלה הסבלונות נמלאו שם שני אנשים. אמנם הכל היה בשתיקה הן בשעת השידוכין הן בשעת שילוח הסבלונות, והנה קבע ראובן זמן הנישואין למשודכתו שלשים יום כי אלמנה היתה כנז'. ובתוך השלשים יום הלכה היא ונתקדשה לשמעון, וכשהגיע הזמן שקבע ראובן שלח לה לאמר כי הנה הגיע עת דודים שתהיה מזומנת ליום נועד לנישואין, והיא שלחה אליו לאמר כי כבר נתקדשה היא לשמעון, ושאלו לה למה ככה עשית הלא ידעת אם לא שמעת שראובן הוא מאתרא דחיישי לסבלונות, והשיבה שהיא לא ידעה ולא שמעה דבר ולא כונה בקבלת הסבלונות אלא לדורון בעלמא, וראובן אומר שעל מנהג מקומו סמך וסתמו כפירושו שהסבלונות ששלח היו לשם קידושין, ואמרו לו א"כ למה לא ערערת בשעת קידושין של שמעון, והשיב שהוא לא ידע ולא שמע עד היום הזה. והנה ראובן מרוב הבושה שם לנרך פעמיו ויחלף הלך לו ולא נודע מקומו. איו, יורינו המורה אם האשה הזאת מותרת ליכנס לשמעון או לא ויבא שכמ"ה.

תשובה רים מלין לגד עילאה. פכרנא ודאי בגלו לאלהא עילאה. יאיר נתיב דנא מלתא להחויא ע"ד אמת ולדק ועל המוגמר אתן שבח והודאה לקול האות הראשון חזו הוית העמק שאלה מהתיר הגדול הודינו והדרינו עטרת תפארת לראשינו הרב המו' יל"ו בלישנא קלילה מעט מחזיק את המרובה בלשון חכמים מכל אבקת רוכל דייק בלישניה כל שהתיבה קולטתו לפקוח עינים עוורות ללמד לאדם דעת ללקט אורות אור תורה שמועה זו נאה, למאן דלבים מדא ילבש מדא קלה בעיניו להוליאה, המה הגבורים אנשי השם מלומדי מלחמה במלחמת חובה להם לבדם הארש המאורות הגדולים ה' עליהם יחיו עמודי ההוראה אכן ידענא כי ולכל דאתי מחמתי ערכי עלי פחות שבערכין וחכמה לא איתי בי להשיב על ממון הקל כ"ש בדבר ערוה התמורה ששגגתה עולה זדון והנה היא לא"ה. האמנם אמרתי אני אל לבי להיות מבעלי תשובה יהא למגמר כגמול עלי נפשי ולכיולא בי לא להורות חלילה, אך תורה היא וללמוד אני לריך לפי השג יד עני ואביון ואלקטה באמרים מאמתחות הראשונים ואחרונים וה' אלקים יעזור לי. אנכי הרואה ראיה מהימנא כי מלתא כדנא חקרוה שרים קמאי ובתראי ותשורה אין להביא זו משלי רק להיות מטפס ועולה וכל היכא דמליגא למדרש אחוה דעי המעט הוא בעזר העוזר כי אין בלתו. הן קדם אחלקה שכם ספיקות הנופלות בנ"ד אחת לאחת הלא המה.

ספק הראשון הואיל ואשה זו עלובת רוח דירתה במקום הקדושה מקום הטהרה זו ירושלם דלא חיישי לסבלונות אי אזלינן בתר דירה או לא.

ספק השני אף אי נימא דאזלינן בתר דידיה מאחר שהעדים שנמלאו שם בין בשעת השליחות בין בעת שניתנו הסבלונות לאשה לא הוזמנו להעיד רק בדרך מקרה אי חשיבי לאסרה בכגלי העיגון או לא.

ספק השלישי דפשט דברי מרן השואל שי' ממשמשין ובאין דהסבלונות ההם ששלח ראובן תכף ומיד אחר השידוכין היו באותו היום כי לא פורש זמן קבוע כששלחם, ועוד רבו הספיקות בנ"ד וזו מעלה ארוכ'ה לתו'ר ולדעת על כל פרט ופרט ואם יכשר בעיני מרן לקבוע זמן רא"ב רא"ב לדבר הלכה אוסיפה כהנה וכהנה לחוות דעי בס"ד, ברם לעת כזאת כי הזמן קלר לא יכולתי עמיד בהלכה זו על כל מולא דבר פרטיה ודקדוקיה יען כי הלכות קבועות שנו כאן הלכות מרובות ועל קון וקוץ תלי תלים של הלכות לית ליה דיו ולהפיק רלון מרן השואל אחוה דעי עד היכן השיגה ידי יד כהה לעתות כאל וזה החלי בס"ד.

חזי הוית עקרא דהאי מלתא שורשה פתוח אלי מים יש התלמוד פ"ב דקידושין דף ן' אתמר רב הונא אמר חוששין לסבלונות וכן אמר רבא חוששין לסבלונות. ואמרי' עלה מאי הוי עלה אמר רב פפא באתרא דמקדשי והדר מסבלי חיישינן, מסבלי והדר מקדשי' לא חיישי' וכו' יע"ש. ואיפליגו בה רבוותא מחלוקת קדומה בין מאור עינינו רש"י ז"ל ור"ת ז"ל דלרש"י ז"ל הא דחוששין לסבלונות היינו לומר שהסבלונות עלמם הן הן הקידושין שפירש וז"ל חוששין לסבלונות מי ששידך באשה ונתרלה וקדם ושלח סבלונות בעדים חוששין שמא קידושין הם ואם נתקדשה לאחר לריכה גט מן הראשון עכ"ל, והתו' ז"ל הקשו לפירושו דכי שדיך מאי הוי והא בעינן שידבר מענין לענין באותו ענין. ומכח זה פי' ר"ת דחוששין היינו שמא קידשה כבר יע"ש, ותחילה דיבר נתתי אל לבי לעמוד פרקליט למאור עינינו רש"י ז"ל להלילו מפח יקום מתמיהת התו' הנז' דמה יענה בה דהא בעינן שיהיו עסוקין מענין לענין כנז'.

ואני בעניי הכינותי אל לבי לדקדק בדברי רש"י ז"ל דנראה דבלשון הזהב שלו מפרק לה כלאחר יד שכתב ז"ל וקדם ושלח סבלונות דמאי תיבת וקדם דנקט בנראה שפת יתר, והרגיל בדברי קדשו יראה כי רש"י ז"ל לית ליה די"ו אך למותר וכל דבריו מדויקים א' לא' ולאו ממהדורי מילי הוא. ולכן נ"ל שרש"י ז"ל נשמר מתמיהת התו' שלא תפול עליו ולהכי נקט בלישניה וקדם ושלח סבלונות כונתו רלויה שתכף ומיד ששידך ונתרלה בעוד שהיו מדברים בענין ההוא קדם ושלח סבלונות בעדים הלכך חיישינן לקידושין ובהכי מדייקה שפיר תיבת וקדם שנרגם מהתמיהה הנופלת עליו ותיקן עלמו כאמור כנלע"ד להלין לכאורה ועיין מה שאכתוב על זה לקמן.

ברם חזינא מחזה שדי בדברי מוהריק"ו ז"ל שורש קע"א דף קל"ג ע"א נר' שאיזן ותיקן דברי רש"י ז"ל שהביא דברי רש"י ז"ל וכתב ויש לדקדק אמאי קאמר שלחו בעדים הול"ל, שנתן לה סבלונות לפני עדים ל"ל למימר שלחו בעדים דמשמע שהעדים עלמם הם השלוחים. ועוד דלמה לו לרש"י להזכיר עדים כלל לא הול"ל אלא מי ששידך אשה וכו' וכו' וממילא ידעינן דבעינן עדים כיון דחוששין לשמא קידושין הם וכו' אלא ודאי דלא הולרך רש"י לפרש כאן ששלחם בעדים אלא משום דקשיא ליה היאך נוכל לומר דחוששין לסבלונות ממה נפשך אם הזכיר קידושין א"כ קידושין גמורים הם ואם לא הזכיר לשון קידושין אמאי חוששין והא אמרינן בפ"ק וכו' דדוקא בעסוקין באותו ענין הוא דהויא מקודשת והכא דאין עסוקין באותו ענין מדמותיב עלה ממתני' דשלח לה סבלונות לאחר זמן ומשום כך מתרץ רש"י דמ"ה חוששין אפי' היכא דאין עסוקין באותו ענין דכיון ששלח לה בעדים גלי אדעתיה קלא שלקידושין מיכוין מדלא שלחו ע"י שליח א' לבדו כדרך משלחי דורון. הרי לך דלדעת רש"י אין לחוש לסבלונות אלא א"כ עושה שני שלוחין להביאו יחדיו וכדפי' ואפי' באתרא דכולהו מקדשי והדר מסבלי וכ"ש באתרא דרובא מסבלי והדר מקדשי עכ"ל יע"ש. ולכאורה הוינא בה דמאחר דאין עסוקין באותו ענין מה יושיענו זה ששלח בעדים. אכתי מה גילוי יש דלקידושין קא מיכוין, ולא ידעתי היאך נמלא מזור לתמיהת התו' הנז"ל דאכתי לא פלט רש"י ז"ל מתמיהתן, ותו מי שני ליה לרש"י ז"ל למינקט בהדיא ושלח לה סבלונות בשני שלוחין.

ואחרי ראותי היטב בשורש קע"ב חכם א' פטפט כנגדו בזה והוא ז"ל בדף ר"א שנה ופירש לו דברותיו הראשונות וז"ל, ראשונה מה שהקשה אמאי לא קאמר בשני שלוחין יעול את תשובתו שהרי אין כח

ממש

טליתו עליה וא"כ דמדמו לבעולה היינו לומר כשם שבעולה לית בה אינא דכבר פירש אדם טליתו עליה ה"נ מ"ע מאחר דלית לה דמים אבד אינא ובזה מכווני אהדדי הירוש' והש"ס דידן בטעמא דאינא אמנם מאחר שכל הפוס' לא הזכירו האי טעמא דאינא כדכתיבנא אין בי כח לזווגם ולהשוותם מאחר שהוא פוסק לא אשתמיט להזכיר האי טעמא.

אבן אחר החיפוש היטב הדק נ"ל דאין שום סתירה מדברי הירושלמי למאי דכתיבנא לעיל דמ"ש בירו' דלרבנן גבי מ"ע לית בה אינא היינו במ"ע דלא נמלאו דמים כלל אבל במ"ע שנמלאו לה דמים א"כ כמשפט הבנות גם רבנן יודו דשפיר אית לה אינא וכתובתה ק"ק והוא ממה שעיני ראו בשיטה חדשה למס' כתובו' למוהר"ר בצלאל זלה"ה להרב הגדול הרשב"א זלה"ה דאזיל לשיטת הירוש' שפירשו דטעמא הוי משום אינא וז"ל במתני' פ"ק דף י"א אמתני' דתני' גדול שבא על הקטנה פחותה מבת ג' שנים וכו' כתובתה מאתים וכו' וקטן שבא על הגדולה כתובתה ק"ק דאין ביאתו ביאה ואינו מגיע לבתולים ולא בטל אינא וכן מ"ע אעפ"י שמשייר בתולים הואיל ולא נעשה בה באיש לא בטל אינא ותנ"א כתובתה מנה דבטל אינא הואיל ונעשה בה מעשה גמור שהשייר בתולים הרשב"א ז"ל מתוך דברי הרשב"א הללו נר' דס"ל להשוות דברי הירוש' עם הש"ס דילן וטעמא דרבנן דסברי דמ"ע כתו' מנה וקאמר הש"ס דילן דטעמייהו הוי משום דדמייא לבעולה היינו לו' דכי היכי דבבעולה כתוב' מנה משום דלית לה דמים כלל ובטל אינא ה"נ מ"ע הואיל ונעשה בה מעשה גמור שנשרו כל בתוליה בטל אינא ואמטו להכי כתובתה מנה וזהו מ"ש בש"ס כדפריך ורבנן נדמייה לבוגרת ומשני בוגרת לא אתעביד בה מעשה כלל הא אתעביד בה מעשה פי' דמאחר שנעשה במ"ע מעשה גמור שנשרו כל בתוליה בטל אינא ודמייא לבעולה דבטל אינא ולא לבוגרת דלא נעשה בה מעשה כלל גמור דאינה דרוסת איש הילכך לא בטל אינא כנ"ל ביאור דברי הרשב"א ז"ל וממ"ש הרשב"א דטעמא דחכמי' דאמרי גבי מ"ע דכתובתה מנה משום דבטיל אינא הואיל ונעשה בה מעשה גמור שהשיר בתוליה כנז"ל אלמא דס"ל דמ"ע סתם היינו בנעשה בה מעשה גמור ומלה זו מורה שנשרו כל הבתולים. עוד ראיה שהרי הרשב"א פי' במתני' דקטן הבא על הגדולה כתובתה ק"ק דאין ביאתו ביאה ואינו מגיע לבתולים ולא בטל אינא ע"כ וכן אמרו בירוש' דקטן אינו מגיע לסימ' יע"ש הלכה ג'. וחזה הוית בשיטה הנז' אהא דנחלקו רב ושמואל בקטן הבא על הגדולה רב אמר עשאה מ"ע ושמואל אמר אין מ"ע בבשר וכתוב בשיטה בשם הרשב"א וז"ל קטן הבא וכו' עשאה מ"ע כלו' לא שתהא ביאת קטן משרת בתולים כהכאת עץ אלא דוגמא נקטיה כמו שזו אין כתובתה אלא מנה לרב כך זו אין כתובתה אלא מנה ושמואל אמר אין מ"ע בבשר דבבשר או עשאה בעולה גמורה או לא עשה ולא כלום דהא אינו משיר בתולים וזו כיון שלא עשאה בעולה גמורה אף הוא לא עשה ולא כלום עכ"ל הרי דלשמואל דהלכתא כותיה בהא דטעמיה דאמר אין מ"ע בבשר היינו משום דבבשר או עשאה בעולה גמורה דהיינו שמשיר כל הבתולים או לא עשה ולא כלום וזו פי' דקטן הבא על הגדולה כיון שלא עשאה בעולה גמורה שאינו משיר הבתולים כדקאמר במתני' דקטן אינו מגיע לבתולים א"כ לא עשאה מ"ע יורה מזה דמ"ע הוא שנשרו כל בתוליה ודמייא לבעולה גמורה גם בשיטה הנז' אהא דקטן הבא על הגדולה דקי"ל כשמואל דלא עשאה מ"ע כתב בשם השיטה ישנה ז"ל מיהו לכ"ג אסרי לה ואפי' לשמואל מידי דהוה אבוגרת דאסורה לכהן מדכתי' והוא אשה בבתוליה יקח ובירוש' שרי לה

וכו' עד וג"כ לפום הש"ס דידן דודאי יש בו כח לעקור הבתולים מדאמר רב עשאה מ"ע ומ"ע אין לה בתולים כלל דהא מדמו לבעולה הרי לך שכתב מ"ע אין לה בתולים כלל וזו ראיה כדכתי' דמ"ע סתמא אינה אלא בדלית לה בתולים כלל ובזו הוא דנחלקו ר"מ ורבנן ולרבנן כתובתה מנה משום דדמייא לבעולה גמורה ואמטו להכי לית לה אינא הואיל וכלו בתוליה והיא דאמרי' בירוש' הרי בתולה מן הנשואין וכתובה מנה הרי בוגרת דאין לה בתולים וכתובתה ק"ק ונתנו טעם משום אינא כנז"ל היינו לו' דבבוגרת אית לה אינא אף דלית לה בתולים כיון שלא פירס אדם טליתו עליה ולא היתה לאיש ובבתולה מן הנשואין אפי' דיש לה בתולים בטל אינא כיון שהיתה לאיש ומה שנחלקו ר"מ ור' במ"ע דר"מ ס"ל דכתובתה ק"ק הגם דלית לה בתולים דדמי לבוגרת דלא בטל אינא כיון שלא היתה לאיש ה"נ במ"ע ורבנן ס"ל דכתובתה מנה משום דהואיל וכלו בתוליה דמייא לבעולה ובטל אינא וכל זה אינו אלא במ"ע דלית לה בתולים כלל אבל בנמלאו לה בתולים א"כ גם לרבנן כתובתה ק"ק דלא בטל אינא והכרח לזה דבטל אינא דאמרו רבנן במ"ע משום בתולים דוקא נגעו בה ולא הוי דומייא דבטל אינא דבתולה מן הנשואין הנז"ל והוא מדאמרי' בש"ס גבי מ"ע מחלוקת בהכיר בה אבל בשלא הכיר בה ד"ה ולא כלום דדמייא לנשאת בחזקת בתולה ונמלאת בעולה דהוי מק"ט וכמ"ש רש"י ז"ל שם ואסיקנא דהדר ביה רבא ואין הכיר בה בין לא הכיר בה כתובתה מנה ולפום הך מסקנא איכא למיקם עלה דאם איתא דמאי דאמור רבנן במ"ע דכתובתה מנה משום דלית לה אינא פירושה הוי משום דמאישה גביה הואיל ונתקע בה עץ ולאו משום בתולים נגעו בה קשייא לן בלא הכיר בה אמאי כתוב' מנה דאי משום דהוי מקח טעות הרי לא הכיר בה מקח טעות הוייא והו"ל למימר דהוייא בלא כלום ואי משום אינא הא בלא הכיר בה אית בה אינא וא"כ תיהוי כתובתה ק"ק אלא עכ"ל דלמסקנא טעמא דלא הכיר בה כתיבת' מנה הוי משום אינא דבתולים שכלו בתוליה דון מינה דה"ה בהכיר בה דמאי דאמרו רבנן דכתובתה מנה משום דלית לה אינא משום בתולים נגעו בה דכלו בתוליה ולא דמייא האי אינא דמ"ע לאינא דבתולה מן הנשואין ולא ראי זה כראי זה כדבר האמור. ותבנא לדיננא דמוכת עץ סתם דאמור רבנן דכתובתה מנה היינו דלא נמלאו לה בתולים כלל אבל בנמלאו בתולים כנ"ד דפרשו השמלה ודמיה מרובים כתובתה ק"ק מדינא ואפי' אליבא דרבנן ואף לדברי הירוש' הנז'.

עוד יש קצת ראיה מדברי התו' והרא"ש דמ"ע סתם היינו דלית לה בתולים כלל והוא ממ"ש התוס' והרא"ש על הך דשמואל דאמר אין מ"ע בבשר דמיירי שלא הסיר בתוליה כלל דאי בהסיר בתוליה פחותה ממ"ע עכ"ל יע"ש פשט הדברים למודה על האמת המה מורים דמ"ע סתמא הוייא שנשרו כל בתוליה.

ובכן קם דינא בנ"ד שנמלאו בתולים לנערה דמדינא כתובתה מאתים לכ"ע כדהוכחנו. כל זה כתבתי להלכה לא למעשה עד יבוא דבר מורה לדק רב אחאי גאון להלכה ולמעשה ואת אשר יבחר בו יקריב אליו כ"ד נעלב לילדי הזמן בוגד במר שיחי ואוחילה לאל נור מבטן גיחי יבינני דעת בתורתו הקדושה ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי.

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

סימן ב'.

דין סבלונות.

שאלה ראובן תושב קוסט' יע"א דחייש לסבלונות בא

האמנם אנכי הרואה דבכל מאי דכתיבנא אכתי לא אפרק מחולשא דאית ביה יען כי דברי התו' שעלו דתרי בוגרות נינהו אלא לדברי ר"ח וגם הרי"ף אזיל לשיטתיה כמ"ש בפ"ק דכתובו' יע"ש מיהו מר"ן ז"ל בא"ה סי' ס"ח הביא את החולקים ה"ה הרא"ש והר"ן והר"מ ודעמייהו דפליגי וס"ל דכל הבוגרת אית להו דמים והסכימה דעת רבינו שם לדבריהם כמבואר ביתה יוסף ומאחר דרובא דרבוותא הכי ס"ל דכל הבוגרות אית ליהו דמים הנך רואה שנדחה תירוצינו במה שפי' בעיקר השמועה דליתא. ולכן מחוורתא בישוב תמיהותי' האי מה שתירץ בני הח"ר שלמה יצ"ו כנז"ל קורא אני עליו בן ח' ישמח אב ויולד ח' ישמח בו, לפי תירוצו הרי העליתי לעיל כדכתיב' דמ"ע האמור בכל מקום אינו אלא דלית לה דמים כלל אבל בנמצאו לה דמים אין זו מ"ע וכתובתה ק"ק.

אבן לבי מהסס בה לדון בן בפשיטות ויראה אנכי להחליט הדבר כן כי הנה עמד לנגדי בכותל בראותי דברי הירושלמי פ"ק דכתובות הלכה ג' אמתני' דגדול הבא על הקטנה וכו' אמרי' עלה ז"ל מותיבין ליה לר"מ בתולין אין כאן ותימה כתובת מאתים אמר לון וכי בבתולין הדבר תלוי הרי בוגרת אין לה בתולים וכתובתה ק"ק והרי בתולה מן הנשואין יש לה בתולים וכתובתה מנה מאי כדון בוגרת לא בטל חינא בתולה מן הנשואין בטל חינא. במאי פליגי במ"ע דר"מ אמר לא בטל חינא ורבנין אמרין בטל חינא ובראותי דברי הירושלמי נרתעתי לאחורי דנר' דכתובה אין לו שייכות מבתולים אלא גזרה היא שילאת מפי רבנן קדישין דאיכא דכתובתן מאתים אף דלית ליהו בתולים ואיכא דכתובתן מנה אע"ג דאית לה בתולים ואמור רבנן בטעמא משום חינא דבבוגרת לא בטל חינא כיון שלא נשאת לאחר ובמ"ע נחלקי דר"מ ס"ל שדינא לבוגרת כיון שלא היתה לאיש לא בטל חינא ורבנן ס"ל דבטל חינא והנה כי כן שאין הדבר תלוי בבתולים ורבנן דהלכתא כוותייהו במ"ע ס"ל דכתובתה מנה משום דבטל חינא אמור מעתה דמה מועיל שימלאו לה בתולים אחרי כן הרי בטל חינא ודמייא לבתולה מן הנשואין דיש לה בתולים וכתובתה מנה אף מ"ע דכותא בי נמלאו בתולים בין לא נמלאו אין לה אלא מנה ותו לא לפי דברי הירושלמי הנז' וא"כ הרי נהרס כל יסוד דברינו שהארכנו לעיל ובהשקפה ראשונה יכולני לומר דהירושלמי חלוק אש"ס דילן דטעמא דחינא לא הוזכר בש"ס דילן אלא טעמא דמ"ע לש"ס דילן לא משום חינא הוא אלא משום דמדמו לה לבעולה ולפום הך דמיון אית לן למימר מה בעולה לית לה דמים כלל אף מ"ע אין לה דמים כלל לדעת רבנן דהלכתא כותייהו ולפי זה הדר דינא כדכתי' דבנמלאו לה דמים כתובתה ק"ק מאחר שלא הוזכר בתלמוד שלנו הך טעמא דחינא כלל אית לן למשבק דברי הירושלמי ולמנקט כש"ס דילן ועליו אנו סומכין להלכה ולמעשה וראיה לזה שמוס פוסק לא הזכיר הך טעמא דחינא וכבר חפשתי חיפוש מחיפוש בספרן של לדיקים פוסקי הלכות קמאי ובתראי ולא העלו על שפתם אך טעמא דחינא כלל לא מינה ולא מקצתה ואם איתא לדברי הירושלמי דהוו הלכה לא הוו שתקי הפוסקי הלכות להזכיר הך טעמא דחינא אלא ודאי זו הוראה גשולה דליתא דברי הירושלמי ועיקר טעמא הוי כש"ס דילן ודכותיה נקטי'. ועוד ראיה הירוש' הואיל והוי נגד ש"ס דילן לית לן לפסוק כותיה הא ראיה לזה מבוגרת דר"מ אמר בירושלמי שזכרנו וכי בבתולים הדבר תלוי הרי בוגרת שאין לה בתולים וכתובתה ק"ק ומריהטת לשון דהרי בוגרת שאין לה בתולים משמע דלית לה בתולים כלל דאי איתא דאית לה קלת בתולים היאך קאמר ר"מ וכי בבתולים הדבר תלוי וכו' הא בוגרת אית לה בתולים קלת ואמטו להכי כתובתה ק"ק אלא ודאי זה מירה באלבע דלית לה בתולים כלל קאמר ואילו מהסוגייא דיבמות שהבאתי לעיל מוכח דר"מ ס"ל דבוגרת אית לה קלת דמים כדקאמר הש"ס עלה דר"מ סבר בתולה וכו' בבתוליה עד דאיכא כולהו דמים כנז"ל הרי לך דר"מ גופיה ס"ל דבוגרת אית לה קלת דמים ואילו מדברי הירושלמי הנז' נר' דר"מ ס"ל דבוגרת לית לה דמים כלל ונמלא דהירוש' פליג בהא אש"ס דילן והר"מ ז"ל בה' איסורי ביאה ממעיט בוגרת לכ"ג מקרא דבבתוליה וכר"מ בש"ס דילן, אלמא דאין לנו להניח הש"ס דילן נגד דברי הירוש' ועוד ראיה מהש"ס דילן דהוא נגד הירושלמי הנז' מהסוגייא דפ' אלו נערות דף ל"ו דפריך בוגרת אין לה טענת דמים והאמר רב בוגרת נותנים לה לילה הראשונה כנז"ל וכן הלכה רווחת דבוגרת אית לה טענת דמים כמו שזכרנו לעיל והואיל והירושלמי לענין בוגרת הוא נגד הש"ס דילן לית לן למפסק כותיה וא"כ טעמא דחינא ליתא לפי הש"ס דילן ולכן הדר דינא כדכתי' ואין הירוש' כדאי לדחות הוכחת הש"ס דילן מטעמי דכתי'.

ורואה אנכי ביד הדוחה נטוייה דמהך דבוגרת דכתי' ליכא הוכחה מינה לו' דפליג הירושלמי אש"ס דילן והוא ממ"ש התוס' פ"ק דכתובות דף ט' ד"ה האו' פתח פתוח וכו' במה שהוקשה להם על דברי ר"ח שפי' דבוגרת ומ"ע אין להם דמים מסוגייא דפ' אלו נערות ותירלו דיש בוגרת דאית לה דמים ואית דלית לה והוקשה להם מהירושלמי דקאמר דבוגרת כתבית פתוחה אלמא דבוגרת פתחה פתוח וזה דלא כר"ח דס"ל דבוגרת פתחה סתום ותירלו דהירוש' לענין דמים קאמר דאיכא דאית לה דמים ואיכא דלית לה יע"ש.

הנלמד מדברי התוס' דס"ל בעד הירושלמי דאית ליה דיש שני מיני בוגרות יש מהם בדמים ויש בלא דמים וכיון שכן הא דקאמר בירושלמי הנז' אמר לון וכי בבתולים הדבר תלוי הרי בוגרת דלית לה דמים וכו' הכי קאמר דמאחר דאיכא בוגרת דלית לה דמים כלל היאך תקנו לכלהו בוגרות מאתים ניחא מאן דאית לה דמים מאן דלית לה דמים כלל למה כתובתה ק"ק אלא ודאי דלאו בבתולים הדבר תלוי כנ"ל פי' הירושלמי לפי דברי התוס' שזכרנו ולפי זה אין מזה סתירה מהך סוגיית דיבמות דאית ליה לר"מ דבוגרת אית לה קלת דמים דהלא לעיל הוכחנו דהך סוגייא ,יבמות אתייא שפיר לפי דברי התוס' שכתבו דיש מיני בוגרות מהם בדמים ומהם בלא דמים ככתוב לעיל באורך ונמלא דמפאת זה אין שום הוכחה לומר דתלמודא דידן פליג אירוש' דאיכא למימר דשוים הם וכדכתיבנא.

האמנם ממה שלא הזכירו הפוס' הך טעמא דחינא דנ"ל לענין דינא טובא הא ודאי הוכחה דאין דברי הירוש' עקר ומכ"ש למאי דכתיבנא לעיל דכל הפוס' שוים לדעת אחד דכל הבוגרות יש להן דמים ודלא כהרי"ף ור"ת ז"ל דלפי זה הרי נדחית הא דבוגרת דקאמר דלית לה דמים אף אם נפרשה דאיירי בקלת ,בוגרות כיון שרוב הפוס' דחוה מהלכה וס"ל דכל בוגרת אית לה דמים וכמו שהארכנו לעיל להדייא וקמה הלכתא כתלמודא דידן ודלא כהירוש' שדחוי הוא מעקרו ואידרא דילולא זה יכולני להבליע. בנעימה דברי הירושלמי עם ש"ס דילן דמ"ש בגמ' דטעמא דר"מ דקאמר דמ"ע אית לה ק"ק משום דמדמי לה לבגורת משום חינא קאמר וכי היכי דבוגרת אית לה חינא משום דעדיין לא פירש שום אדם טליתו עליה ה"נ מ"ע והיינו מאי דפריך ר"מ למאי דפרכי ליה ור"מ אמאי מדמי לה לבוגרת נדמייה לבעולה ומשני התם אתעביד בה מעשה בידי אדם פי' דכיון דפירש אדם טליתו עליה אבד חינא ולית בה משום חינא אבל מ"ע דמייא לבוגרת דאית בה חינא כיון דעדיין לא פירש שום אדם

טליתו

וכ"כ יש להוכיח לסברת ר"י ור"ש דמימעטי מ"ע דאין מטמא לה מולאותו הבתולה פרט לאנוסה ומפותה ומ"ע דאיס איתא דמ"ע אית בה מקלת דמים הו"ל לרבוייה מ"ע ולדמוייה לבוגרת דמטמא. לה אלא ש"מ דס"ל דמ"ע לית לה דמים כלל ול"ד לבוגרת דאית בה מקלת דמים ואמטו להכי ממעטי לה מקרא דהבתולה ודמייא לאנוסה ומפותה דלית להו דמים כלל ושמעינן מינה כסברת הנמק"י שכתב בסיפא דהך מתני' דטעמא דמ"ע משום דלית לה דמים כלל הויא ככ"ע ואפי' דר"מ וכדהוכחנו .

ומכלל הדברים אתה למד דמכאן ראיה גדולה מספקת דמ"ע האמורה בכל מקום הוא דלית לה דמים כלל אבל אם נמלאו לה דמים אין זו כמ"ע דעלמא אלא דיינינן לה כבוגרת ודון מינה ומינה דמה שנחלקו ר"מ ורבנן גבי מ"ע בכתובה דר"מ ס"ל דמ"ע כתובתה ק"ק ורבנן סברי כתובתה מנה היינו דוקא במ"ע דלית לה דמים כלל אבל בנמלאו לה דמים אף רבנן מודו דכתובתה ק"ק דאין זו בכלל מ"ע האמור' בכ"מ וכתובתה ק"ק כדין הבוגרת ומינה קם דינא בכ"ד דנמלאו דמים כמשפט הבנות דמחייב החתן לכתוב לה ק"ק מדינא .

ברם אכתי לא הונח לי וזו קשה בעיני דאי כדכתי' דמוכת עץ האמור בכל מקום היא דלית לה בתולים כלל ומטעם זה כתובתה מנה אבל בוגרת דאית לה קלת בתולים כתובתה ק"ק וכדהוכחנו דלפי זה קמה לעומתי סוגייא דפ"ק דכתובות דף י"א אמתני' דתנן מ"ע כתובתה מאתים דברי ר"מ וח"א כתובתה מנה ואמרי' עלה בש"ס דר"מ מדמי לה לבוגרת וחכ' לבעולה וקשיא לי תרתי חדא דאיך ר"מ מדמי לה לבוגרת הואיל ור"מ גופיה ס"ל דמ"ע לית לה דמים כלל ובוגרת אית לה קלת דמים וכדהוכחנו מהך סוגייא דיבמות כנז"ל א"כ אין דמיונו עולה יפה דשאני בוגרת דאית לה דמים קלת לכך כתובתה מאתים משא"כ במ"ע דלית לה דמים כלל וא"כ אמאי כתובתה מאתים הא לא דמו כלל והגם דרש"י ז"ל פי' מדמי לה לבוגרת דאמרי' ביבמות בבתוליה פרט לבוגרת שכלו בתוליה כנר' שנרגש מזה ומוקי לה בבוגרת שכלו בתוליה מכל וכל מ"מ הלא הוכחנו לעיל דכלו לאו דוקא אלא ר"ל נתמעטו וכ"כ התוס' ז"ל והוא מוכרח מהסוגייא כנז"ל דחזר הדין דבוגרת קושטא הוי דאית לה קלת דמים. אמור מעתה מה יושיענו דברי רש"י הנז' מאחר דלא כמו אהדדי איך עלה על דעת דר"מ מדמי לה לבוגרת תו תמיהא לי במאי דפריך הש"ס ורבנן דמדמה לה לבעלה נדמייה לבוגרת ומאי פירכא הא טפי איכא לדמוייא לבעולה כיון דמוכת עץ לית לה דמים כלל ולא לבוגרת דאית לה קלת דמים ואמאי מהדר הש"ס לשנויא אחריתי ולא תירץ כדכתי' שהוא תירון ברור ורב המרחק ביניהם כמחמתן למבריה. ובהיותי משתומם בתמיהות הללו חכם בני קירות טירות לבי שי' אז אמר שלמה בחכמתו הוא ענה ויאמר דאין זה תמיהא כלל דהתמיהא ראשונה שתמהנו דהיאך מדמי' ר"מ מ"ע לבוגרת כיון דלא דמו אהדדי היא גופא קמתמא הש"ס ור"מ נדמייה לבעולה ירלה דמאחר דר"מ ס"ל דמ"ע אין לה דמים כלל היאך מדמי לה לבוגרת דאית לה דמים קלת והכי הו"ל לדמוייא לבעולה דזו וזו אין להם דמים כלל ומשני דאה"כ דמפאת זה הי"ל לדמוייא לבעולה אבל מ"מ ניחא ליה יותר לדמוייה לבוגרת מפאת אחר דזו וזו לא אתעביד בה מעשה בידי אדם משא"כ בבעולה דאיתעביד בה מעשה בידי אדם וכהאי דאמרו ביבמות דמרבי ר"מ מ"ע לטומאה מקרא דאשר לא היתה לאיש מי שהויתה ע"י איש כנז"ל ואמטו להכי ניחא ליה טפי לדמוייה לבוגרת ולא לבעולה ולפי הך שינוייא דמשני אליבא דר"מ פריך שפיר לרבנן דא"כ נדמייה לבוגרת ולא לבעולה דלא דמו אהדדי כיון דאתעביד בבעולה מעשה ע"י אדם וכדס"ל לר"מ והולרך לאוקמיה בשנויא אחריתי לרבנן הן אלה דברי שלמה בני שי' והוא כפתור ופרח בויתור הב' תמיהות שתמהתי .

ולדידי חזי לי בפירקא דהאי מילתא במ"ש התוס' בפ"ק דכתובות דף ט' ע"א בד"ה האומר פ"פ מלאתי וכו' ור"ח מפרש דבוגרת ומ"ע אין להם דמים כלל והקשו עליו מהא דאמרי' פ' אלו נערות ובוגרת אין לה ט"ב וכו' נלמד מדבריהם דתרי מיני בוגרת הוו איכא בוגרת דאית לה קלת דמים ואיכא בוגרת דלית לה דמים כלל כאשר יראה הרואה יע"ש. ולפי דברי התוס' הנז' אשכחנא פתרון למאי דהוה תמיה לן על ר"ח דס"ל דבוגרת לית לה דמים כלל דמהך סוגייא דיבמות פ' בע"י דף נ"ט דפליגי ר"י ור"ש ור"מ ור"י דבוגרת אסירה לכ"ג מקרא דבבתוליה מוכח מינה דלכ"ע דבוגרת אית לה מקלת דמים והלא כר"ח סבירי לי' דבוגרת אין לה דמים כלל ולמה לא נתעוררו התוס' להק' לר"ח מהאי סוגייא אמנם לפי מ"ש דאיכא בוגרת דאית לה מקלת דמים ואיכא בוגרת דלית לה כלל ניחא. ואפרש שיחותי דתרתי אני בלבי בהך סוגייא דיבמות הנז' שם ת"ר והוא אשה בבתוליה יקח פרט לבוגרת שכלו בתוליה דברי ר"מ ר"א ור"ש מכשירין בבוגרת במאי קמפלגי ר"מ סבר וכו' ור"א ור"ש סברי וכו' ואיכא למיקם בהך לישנא דקאמר במאי קמיפלגי דלא מתישבא שפיר דמאחר דר"מ מייתי לה לאיסור בוגרת מקרא דוהוא אשה בבתוליה כדקתני בברייתא הא נודע דבקרא פליגי וא"כ לא הו"ל למי' כמאי קמפלגי אלא הכי הול"ל בשלמא ר"מ כדקאמר טעמא אלא ר"א ור"ש מנא ליה כי ע"כ במ"ש התוס' דתרי גווני בוגרת איתא דלית לה דמים ואיכא דאית לה דמים ולכן מ"ש בברייתא פרט לבוגרת שכלו בתוליה היינו שכלו מכל וכל וס"ל לש"ס דודאי בכלו בתוליה מכל וכל פשיטא דגם ר"א ור"ש יסברו דאסירת לכהן כיון דלית לה בתולים כלל לא יעלה על הדעת שיתירו וא"כ במה נחלקו ר"א ור"ש עם ר"מ ומשני דאה"כ דבדלית לה בתולים כלל לא נחלקו כי פליגי בבוגרת דאית לה קלת בתולים דר"מ אסרה מקרא דבבתוליה ור"א ור"ש שרו דדרשי' למילת בבתוליה לאידך גיסא דקלת בתולים משמע כן נ"ל ריהטא דהני שמעתא לפי דברי התוס' הנז' ומכלל האמור אתה למד דמ"ש פרט לבוגרת שכלו בתוליה איירי כפשטא שכלו מכל וכל ואין אנו לריכין למ"ש התוס' שם דלאו דוקא כלו אלא נתמעטו כנז"ל ולא כלו ממש קאמר וכדכתיבנא כנלע"ד .

ומאחר עלות כן דתרי בוגרת איכא, אסורה נא להך סוגייא הנז' ליישב התרי תמהי הנז"ל בענין מוכת עץ דאפליגו בה ר"מ ורבנן לענין כתובה דר"מ דקאמר דכתובתה ק"ק דמדמי לה לבוגרת היינו לבוגרת שכלו בתוליה ומכל וכל וזהו שפי' רש"י שם עלה דר"מ ואייתי ההיא דיבמות דאמרו פרט לבוגרת שכלו בתוליה להשמיענו שדמיון ר"מ דמדמי לה לבוגרת היינו לבוגרת דלית לה בתולים כלל ואפי"ה כתובתה ק"ק ה"נ מ"ע דלית לה בתולים כלל דכוותה וכתובתה ק"ק, ורבנן מדמו לה לבעולה הואיל וסתם מ"ע לית לה בתולים כלל ואמשו להכי פריך שפיר לר"מ דנדמיה לבעולה ולרבנן נדמייה לבוגרת כיון דמיירי בבוגרת דלית לה בתולים כלל והולרך לאוקמא בשנויא אחרני כנ"ל בויתור תמיהותינו ודוק ומדברי התוס' בהך סוגייא דפתח פתוח הנז"ל שלא נחלקו התוס' על ר"ח אלא לענין בוגרת ולא לענין מ"ע אלמא דבמ"ע ס"ל דלית לה דמים כלל ודבריהם סעד לתמכי למאי דכתי' דמ"ע האמורה בכל מקום בדלית לה דמים כלל היא והדר דינא כדכתי' דבנמלאו דמים למוכת עץ כתובתה ק"ק ומחייבנן ליה בהכי כדהוכחנו לעיל מכל הסוגייאות הנז"ל כנ"ל בכ"ד לדון .

שו"ת על חלק אבן העזר

סימן א'.

דיני מוכת עץ.

שאלה בתולה נשאת בחזקת מוכת עץ על פי פתקת דבי דינא דחתימין בה יתנו עידיהן וילדקו היותה מוכת עץ ועל פי זה כתב לה החתן מנה בכתובתה כדין מוכת עץ ואחרי כן בבעילה ראשונה נמצאו בתולים לנערה כמשפט הבנות ופרשו השמלה לעיני העדה במתן דמים הנה כי כן אל הספק אללינו אי מחייבינן ליה לחתן לכתוב לה מאתן כמוהר הבתולות. או נימא דכתובתה מנה הואיל ובחזקת מוכת עץ נשאת יורנו המורה מה דינא ושכת"ה.

תשובה ריש מילין לכד עלאה אמלל יעזרני נגד כבוד שמו על רזא דנא להחויא ויאירו עיני במאור תורתו לי"ר אסובבה אל מקדשי בספרן של גדיקי' פוסקי הלכו' בדין זה ולא מלאתי גילוי לזה דסתמא אמרו מוכת עץ כתובתה מנה אלמא דלא שנא בין נמלאו לה בתולים ללא נמלאו, לבד זה מלאנו חילוק בין מוכת עץ לבוגרת פסקו מר"ן בא"ה סי' ס"ז וס"ח דבבוגרת אין לו טענת פתח פתוח אבל טענת דמים יש לו אבל במוכת עץ הוי אנפיא דטענת פתח פתוח יש לו אבל טענת דמים אין לו אלמא דמוכת עץ אין לה דמים כלל ואם היתא דאיכא מוכת עץ דיש לה דמים הא הוה לה דומייא דבוגרת דהואיל דמלתא דשכיחא בוגרת עם דמים הילכך אית ליה טענת דמים וא"כ גם במוכת עץ היל"ל דאית לה טענת דמים הואיל ושכיח דאית לה דמים הא אין עליך לדון אלא דמוכת עץ לא הוייא אלא בלתי דמים כיון שכן הוא דרכן של מוכת עץ דלית להו דמים כלל ובועלה הוא מאי דאמור רבנן דכתובת' מנה אבל כיולא בנ"ד דנמלאו לה בתולים אין זה מוכת עץ דאגלאי מלתא למפרע כי הדמים ההם אשר נמלאו בעת ההכאה לא היו מהבתולים כלל רק מדופני בית הרחם או שנשרו קלת בתוליה דוקא וכל כי הא מדמי לה לבוגרת דכתובתה מאתים ה"נ דכותא כן נר' לדון בע"ז מכח הסברה ואב"א קרא תנן התם פ' הבא על יבמתו כהן גדול לא ישא את האלמנה בין אלמנה מן האירוסין בין אלמנה מן הנשואין ולא ישא את הבוגרת ר"א ור"ש מכשירין בבוגרת ולא ישא את מוכת עץ ובש"ס דף נ"ט אהך דתנן ולא ישא את הבוגרת אמרי' עלה ת"ר והוא אשה בבתוליה יקח פרט לבוגרת שכלו לה בתוליה דברי ר"מ ר"א ור"ש מכשירין בבוגרת במאי קמפלגי ר"מ סבר בתולה אפי' מקלת בתולים בתוליה עד דאיכא כל הבתולים ופירש"י ז"ל בתולה אי הוה כתיב בתולה יקח מקלת בתולים משמע והוייא משתרייא בוגרת השתא דכתיב בתוליה מתאסרא בוגרת דמשמע דבעיא כל הבתולים ע"כ והן אמת דראוי לדקדק דמאחר דר"מ דריש בבריתא והוא אשה בבתוליה פרט לבוגרת שכלו בתוליה מלישנא שכלו משמע שכלו מכל וכל וא"כ היכי מפרש רש"י ז"ל דאי הוה כתיב בתולה מקלת בתולה משמע והוה משתרייא בוגרת ע"כ היקשא דמאחר דבוגרת כלו בתוליה מכל וכל היכי הוה משתרייא בוגרת הלא בתולה משמע דאית לה מקלת בתולים לא נן בוגרת דאין לה מכל וכל אלא נר' דהתוס' ז"ל שם ד"ה פרט לבוגרת שכלו בתוליה כתבו ז"ל לאו דוקא כלו אלא כלו' נתמעטו ע"כ. והכונה נ"ל שנרגשו התוס' מהקושייא שהקשינו על רש"י ז"ל כנז' ויישבוה במאמרם דלישנא דכלו הוי נתמעטו ולאו דוקא ובהכי ניחא דאי הוה כתיב בתולה הוה מכשרינן בוגרת הואיל ואית לה מקלת בתולים והוא נכון ודוק, ואמרי' תו עלה ור"א ור"ש סברי בתולה שלימה משמע, בתוליה ואפי' מקלת בתולים ע"כ.

וראיתי להנמקי יוסף ז"ל שם ולא את הבוגרת דכתיב והוא אשה בבתוליה פרט לבוגרת שכלו בתוליה וכו' עד מוכה עץ דדא אין לה בתולים כלל עכ"ל יע"ש ומדבריו אלו נר' לדון לכאורה דס"ל דכל מוכת עץ האמור בכל מקום הוא דאין לה בתולים כלל דאי לאו הכי אלא דמוכת עץ דעלמא אית לה מקלת בתולים א"כ יקשה עליו דמנ"ל לפרש הכא דטעמא דלא ישא מוכת עץ הוא משום דאין לה בתולים כלל שפי הו"ל למי' דאפי' דמוכת עץ אית לה מקלת בתולים אפ"ה אסורה לכהן ממה שנאמר בבתוליה דמשמע עד דאיכא כל בתולים כדרשי' הכי גבי בוגרת דמתסרא הוא הדין והוא הטעם לאסור המוכת עץ כיון שאין לה כל הבתולים וא"כ מי הכריחו להנמק"י ז"ל לפרש דמוכת עץ אין לה בתולים כלל אלא ודאי זה מורה באלבע דס"ל להנמק"י ז"ל דמוכת עץ האמור בכל מקום אינה אלא דלית לה בתולים כלל אבל באית לה מקלת בתולים אין דינא כמוכת עץ ומינה לענין כתובה דבמוכת עץ דאית לה מקלת בתולים דינא כבוגרת ולכ"ע כתובתה מאתים ובזה לא נחלקו רבנן על ר"מ לענין כתובה דפקע מינה שם דמוכת עץ כנ"ל להכריע מדברי הנמק"י שזכרנו.

ואיברא דיד הדוחה נטויה דכין מדברי הנמק"י הנז' שום הכרח כלל דמלינן למי' דלעולם דמ"ע אית בה דמים קלת ומאי דלא מוקי לה בהכי היינו משום דאי הוה מוקמי' לה בדאית לה קלת דמים לא אתייא אלא כר"מ דוקא אבל הנמק"י ס"ל דסיפא דהך מתני' אתייא אפי' כר"ש דמכשיר בבוגרת משום דאית בה מקלת דמים אפי"ה מפסיל במ"ע ועכ"ל דמ"ע לית לה דמים כלל כי היכי דתיקום סיפא דהך מתני' כר"ש ובפרט לגירסת הירוש' דגריס בסיפא דהך מתני' ושוין שלא יקנו מ"ע אלמא דלכ"ע היא אבל לעולם דלסברת ר"מ ס"ל דמ"ע אית בה מקלת דמים ואפי"ה אסורה לכהן מקרא דבבתוליה וכדדריש גבי בוגרת ה"ה והוא הטעם במ"ע לדעת ר"מ הואיל ובמחלוקת היא שנוייא לא מכרעא מלתא במ"ע כי היא לה דמים כלל או אפשר דאית בה קלת דמים ובספק הדבר תלוי אכן אחר החיפוש הדק היטב נ"ל להכריע דאפי' לדעת ר"מ ס"ל דמ"ע האמור בעלמא היינו דלית לה דמים כלל וכדבעינא למי' בס"ד והוא מברייתא דפ' הבע"י דף ס' ע"א וז"ל הש"ס ת"ר אחותו ארוסה ר"מ ור"י אומרים מטמא לה ר' יוסי ור"ש אומרים אין מטמא לה אנוסה ומפותה ומ"ע אינו מטמא לה דברי ר"ש שהיה ר"ש אומר וכו' עד מ"ט דר"מ וכו' דדרשי' הכי ולאחותו הבתולה פרט לאנוסה ומפותה יכול שאני מולא אף מ"ע ת"ל אשר לא היתה לאיש וכו' עד אליו להבות את הבוגרת הא ל"ל קרא והאמרו ר"מ בתולה אף מקלת בתולים משמע אלטריך וכו' מכאן יש להוכית דלר"מ ס"ל דמ"ע אין לה דמים כלל ול"ד לבוגרת דאי איתא דגם במ"ע אית לה מקלת דמים א"כ הו"ל למפרך תלמודא לעיל כדרבי רבי ר"מ מ"ע מקרא דאשר לא היתה לאיש למפרך התם הא ל"ל קרא והאמר ר"מ בתולה ואפי' מקלת בתולים ומדלא פריך הכי תלמודא גבי מ"ע אלא דוקא גבי בוגרת ש"מ דס"ל לר"מ דמ"ע לית לה דמים כלל ואמטו להכי ל"מ למפרך אלא דוקא גבי בוגרת וסמנים לדבר סעד לתמכי מלאתי ראיתי בדברי התוס' בד"ה אליו לרבות את הבוגרת וא"ת וכו' עד ועוד נר' דממשמעות בתולה מימעטה מ"ע אפ' לר"מ מדפריך גבי בוגרת והא ל"ל קרא וגבי מ"ע לא פריך הכי פשט דברי התוס' מורים מדלא פריך הכי גבי מ"ע משום דמבתולה מימעטה מוכת עץ דלית לה דמים כלל וכ"ל

הא לאו הכי לא ומינה הוה שמעינן במכ"ש לצאת מהארץ לח"ל דלא שרי אלא בע"מ לחזור, אלא ודאי מדנקט דינו מהארץ לח"ל ש"מ דמירושלם לא"י שרי אפי' ע"מ שלא לחזור, או אפשר דלעולם גם מירושלם לא"י דינו שוה כמהארץ לח"ל ותרוייהו חד דינא אית להו דלא שרי לצאת אלא בע"מ לחזור ולדבר מצוה, והא דלא נקט הר"מ למילתיה בירושלם לארץ ישראל היינו דוקא משום דאי הוה נקט דינו הכי הוה אמינא דדוקא להיות שיצא מירושלם לא"י הוא דשרי בע"מ לחזור, אבל לצאת מהארץ לח"ל אפי' בע"מ לחזור אסור וכההיא דר' חנינא דאסר לצאת אפי' למצות יבום ואמטו להכי הוצרך להשמיענו דינו מהארץ לח"ל, דאפ"ה שרי כל שהוא לדבר מצוה וע"מ לחזור, ולעולם דגם לצאת מירושלם לא"י חד דינא אית להו ולא שרי אלא בע"מ לחזור דוקא, באופן דלא מפשטה ספיקא דידן דאיכא לצדדין לכאן ולכאן כדבר האמור.

אמנם מיפשטא בעיין מהא דרמז לנו מרן השואל סי' מההיא דתנן הכל מעלין לא"י ואין הכל מוציאין דאחד האיש ואחד האשה שוין והאו' לעלות לארץ והיא אומרת שלא לעלות דכופין שכנגדו להוציא וכמו כן האו' שלא לצאת מהארץ לח"ל כופין לשכנגדו וכמו כן תנן הכל מעלין לירושלם כדפסק הר"מ ספי"ג מה' אישות ומרן בשולחנו הטהור א"ה סי' ע"ה יע"ש והואיל ואשכחן לענין נישואין שדין ירושלם עם שאר א"י שוה לדין ארץ יש' עם ח"ל וחד דינא אית להו ואפי' בזמן הזה, דון מינה דבעיין מיפשטא דכי היכי דלא שרי לצאת מהארץ לח"ל אלא בע"מ לחזור ה"נ מירושלם לשאר א"י לא שרי אלא בע"מ לחזור. דומיא דנישואין וחד דינא אית להו. ומינה דכי היכי דהתיר הר"מ לצאת מהארץ לח"ל אפי' לסחורה בע"מ לחזור, היא הדין נמי מירושלם לשאר ארץ ישראל דשרי לצאת לסחורה בע"מ לחזור דחד דינא אית להו כנלע"ד.

ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת יש לי לדון במאי דמספקא ליה לשואל במאי דנהוג עלמא לצאת לזיארה מירושלם לצפת וחברון יוב"ב דשפיר עבדי דאפי' דליכא סרך מצוה מ"מ לא גרע מסחורה דשרי לצאת מהארץ לח"ל בע"מ לחזור, ולפום מאי דכתיבנא הוא הדין מירושלם לשאר ארץ ישראל דשרי לצאת לסחורה כדבר האמור הכי נמי לענין הזיארה דשרי לצאת לצפת וחברון בע"מ לחזור כי אין נגרע מהיוצא לסחורה דשרי ה"נ דכותה ועדיף טפי לשפוך רוח חן ותחנונים על קברות הצדיקים ובפרט על קברי אבותינו הקדושים דאלים טפי למגן ולינה לעולמי עד זכותם יגן בעדינו כיר"א.

ובכן אניף ידי למה שנסתפק מרן השואל במי שבא סתם ולא היה דעתו מתחלה לכך וכבר נתישב י"ב חדש בירושלם יורנו המורה מאי דינו. ואני בעניי לא ידענא מאי נידון ביאור בדברי מרן השואל אי מיירי בשנדר בפה מלא אחר שנתישב י"ב חדש לילך להשתטח על קברות הצדיקים או אם כונתו דלא נדר ולא הוציא בשפתיו מאומה רק בדעתו ובמחשבתו חשב כן, דאם לא ביטא בשפתיו מאומה רק חשב מחשבות הא ודאי דלא ניתן ליש' דודאי נדר אין כאן ואין צורך לשאלה כלל דהא הלכה רווחת בישראל לענין נדרים דבעינן פיו ולבו שוין. הא לאו הכי אין כאן לתא דנדר כלל וזו אינה צריכה לפנים, אלא דאפי' אם נאמר דעיקר ספיקיה הוא במי שביטא בשפתיו ואמר הריני נודר לילך ולהשתטח על קברי הצדיקים אי מצי משאל אנדריה או לא, ואומר דהן לו יהא כן שורש

דבר זה נפתח בגדולי המורים במי שנדר לעלות לא"י דכתב הרא"ש דמתירין לו נדרו. ונחלקו בזה הררי קדם שדעת מוהר"ש סאגיס הובאו דבריו בשו"ת מוהרי"ט בשניות חי"ד סי' כ"ח והרדב"ז ז"ל דאפי' נדר לדור בא"י דמתירין לו דס"ל כס' הר' חיים כהן דבזמן הזה אין מצוה לדור בא"י. ומוהרי"ט בסי' הנז' חלוק עליו שם וס"ל דבנודר לדור בא"י ודאי ליתיה בשאלה דבדירת הארץ יש מצוה אפי' בזמן הזה ומטי' לה מדברי הרמב"ן ז"ל יע"ש בסי' הנז' וכן דעת הריב"ש בסי' ק"א ודברי הרא"ש מיירי בנודר לעלות לבד ע"מ לחזור דהואיל ואין מצוה בעליה לכ"ע איתיה בשאלה. ובפרטי מחלוקת זה יראה הרואה בשו"ת תורת חסד סי' א' שהעלה על ספר כמוה"ר משה אמאריליו יצ"ו וצדד להתיר בנ"ד ונעשה מעשה להתיר ומעשה רב עיין עליו, מיהו כל זה שייך בענין הנודר לעלות לא"י דהואיל ונחלקו המורים בדבר דיש אומרים דגם בעליה יש מצוה הלכך הצריכוהו התרה, אבל בנ"ד דהא דלעלות ולהשתטח על קברי הצדיקים לא נמצא בו שום צד סרך מצוה אפי' דבריהם. נלע"ד דכ"ע כי הא יורו המורים דאין צורך להתיר כלל, נוסף על זה דהרי כתב מוהרי"ט סי' הנז' דאפי' שאלה אינו צריך דלא מיקרי נדר אלא באוסר חפצא עליה אבל אמירה זו שאומר הריני נודר אין כאן חלות נדר כלל ואפי' שאלה אין צריך רק מה שנהגו להחמיר הוא משום בפיך זו צדקה והביא ראיה מדין הנודר בתענית יע"ש, גם מוהר"ם מפדובה סי' ע"ב כתב כן דלפי דבריו אלו הדבר יוצא בנ"ד כמו כן דאין צורך להתיר כלל, והן אמת שבדברי מוהרי"ט קשה לי מההיא דיעקב אבינו שנענש על שאיחר את נדרו כמוזכר מדברי רז"ל וגם הר"מ מייתי לה בפ"ו דערכין יע"ש, ואם כדברי מוהרי"ט לאו בר עונשין הוא דהא לא אשכחן שנדר ואסר חפצא עליה רק אמר אם יהיה אלקים עמדי וכו' ולדעת מוהרי"ט נדר אין כאן ומדוע נענש על ככה, ואפי' שנא' משום בפיך זו צדקה מ"מ אינו אלא חומרא בעלמא ואינו ראוי להענישו על ככה, ועוד לחלוק' מילין בשקלא וטריא אדברי מוהרי"ט בתשו' הנז' כעת ידי מסולקות הימנו כי אין הפנאי מסכים ובעה"י איה"ב אפנה ואשנה משנתו שלימה. הדרן לנ"ד דלדידי חזי לי דאין צורך להתיר כלל הואיל ולא אשכחן צד מצוה כלל ובפרט בהצטרף מה שצידד כמוהר"מ אמאריליו יצ"ו בתשו' הנז' ענין המודעה כמוצג בדבריו שם דלפי דבריו נדר אין כאן יעיין שם. ואפי' שלא עשאו אלא סניף כאשר יראה הרואה, מ"מ נקוט מיהא לנ"ד דאפי' אי יהבינן ליה דין נדר הא איתיה בשאלה דאפי' בנודר לעלות לא"י לדעת הפ"מ ומוהרא"נ"ח זקנו דס"ל דבעליה לא"י איכא מצוה מ"מ כתבו דאיתיה בשאלה ע"י פתח וחרטה והגם שכתבו דמתירין לו מדוחק היינו דוקא התם דס"ל דאיכא מצוה לעלות בזמן הזה. אמנם בנ"ד דאין שום מצוה כלל הרי הם כנדרי הרשות ומתירין לו מיד וכן ראוי והגון להתיר לו שלא יבוא להקל בנדרים דחמירי על צד הטוב והישר כן נלע"ד להלכה ולמעשה הוראת מרן תכריע כי להיות הזמן בוגד ואין הפנאי מסכים לא יכולתי עמוד להשתטח על דברי הפוסקים קמאי ובתראי רק הנני מטפס ועולה להוראת שעה ואת אשר יבחר בו יקריב אליו.

ישראל מאיר מזרחי.

לסחורה, דהיאך התיר לצאת לסחורה דהוי דבר הרשות הלא לדידיה דס"ל בשאלתות לא היה לו להתיר אלא דוקא לדבר מצוה, והנר' לומר דאיברא דס"ל כדעת השאלתות דדוקא לדבר מצוה התירו היינו דוקא לגבי טומאת כהן הוא הדוקא לדבר מצוה שרי מיהו בישראל הכל מותר ואפי' סחורה, תדע לך דהא בברייתא אמרו הולכים ליריד של גוים ולוקחים מהם עבדים וכו' והגם דבש"ס אוקמוה דמיירי בלוקח מבע"ה אבל מתגר אסור מפני שהוא מהנה ע"ז ע"י שנותנים מכס ופסקו הר"מ פ"ט מה' ע"ז דין י"ב יע"ש, הרי דאפי' לדבר הרשות התירו לצאת לח"ל, ומינה אפשר דלמד הר"מ דלסחורה נמי מותר לצאת, ובזה אפשר שהותרה התמיהה שתמה מוהריט"ץ בתשו' סי' פ"ה דהיאך התיר הר"מ סחורה אי מהירושלמי הלא ש"ס דילן פליג אירושלמי מדלא הוזכר בברייתא התר דסחורה וא"כ הי"ל לפסוק כש"ס דילן, והוא ז"ל תירץ תמיהה זו יע"ש. אמנם לפי האמור ניחא דאפשר דנפקא ליה מהסיא דתניא הולכים ליריד וכו' כדבר האמור.

אכן לא מחוור לי דהא דשרינן ליריד ולקנות מהם וכו' התם טעמא הוי מפני שהוא כמציל מידם ואיכא נד סרך מצוה להציל מעובדי ע"ז. אבל לסחורה ממש אפשר דאסור. הא ראיה דאסרינן לקנות מתגר. והגם דהתם הוא משום דע"י המכס הוא מהנה ע"ז משמע הא כל היכא דלא מהני לע"ז. מ"מ היינו משום דמציל מידם אבל לסחורה בעלמא מנ"ל דשרי.

ואיברא דבמאי דקתני בברייתא הנז' הולכים ליריד וכו' מפני שהוא כמציל מידם ופירש"י וכותב שטרות ומעלה שטרותיו לערכאות שלהם לחתום ואעפ"י דאיכא למימר שכבוד הוא להם ואיכא למימר דאזיל ומודה מותר מפני שהוא כמציל מידם שמתוך כך יהיו לו עדים שמסייעין אותו להציל מן העוררין עכ"ל. ולפירש"י מפני שהוא כמציל מידם לא קאי אלא אכותב ומעלה בערכאות שלהם, אבל לענין מה שהותר לקנות מהם עבדים וכו' אינו מטעם דמפני שהוא כמציל מידם. אלא דמותר להסתחר בח"ל כל שאינו לוקח מתגר. וכן הבין מרן בכ"מ פ"ט מה' ע"ז דין י"ב הביא לשון רש"י ופי' כדפי' יע"ש. ולפי מה שהעתיק לשון רש"י מרן בכ"מ, נר' דכונתו לפרש כן גם בדברי הר"מ, דאילולי זה למאי איצטריך להעתיק לשון רש"י ולפרשו אם לא להשוות דעת הר"מ לדעת רש"י ז"ל, ואם לכך נתכוון מרן בכ"מ בכונת הר"מ אינו נוח לי לפי זה מ"ש הר"מ בספ"ג מה' אבל וכן מטמא וכו' לדון עם הכותים מפני שהוא כמציל מידם דנראה מזה דהאי מפני שהוא כמציל אכולא מלתא קאי וגם אמאי דתניא לוקחין מהם עבדים וכו' וזה פשוט לכל מבין בדברי הר"מ, איך שיהיה אי אמרינן דהאי מפני שהוא כמציל לא קאי אלא אכותב ומעלה בערכאות כמו שפי' רש"י. א"כ מינה נפקא דהאי דתניא הולכין ליריד של גוים וכו' דהא דשרינן לקנות מהם עבדים וכו' לאו משום הצלה הוא אלא דשרינן להסתחר כל שאינו תגר, וא"כ אפשר דמכאן למד הר"מ שהתיר לצאת לח"ל לסחורה אלא דאכתי לא ניחא, חדא דהרי הוכחנו בדעת הר"מ דהאי מפני שהוא כמציל מידם אכולא מלתא קאי ודלא כפירש"י. ותו דהרי מלשון התוספתא המוגהת לפנינו נר' דלא כפירש"י ז"ל בפ"ק דע"ז הולכין ליריד של גוים וכו' ולוקחין מהם בתים שדות וכרמים וכו' מפני שהוא כמציל מידם וכותב ומעלה בערכאין וכו' יע"ש. הרי דהאי מפני שהוא כמציל מיתנייא קודם וכותב ומעלה זה מורה דלא כפירש"י, ואפשר דהר"מ ז"ל ס"ל כס' ס' התרומות הובאה בטי"ד סי' קמ"ט כתב בשם ס' התרומות דביריד שאין נותנין מכס לע"ז או ליקח מבע"ה וכו' מותר. ובשם הר' יונה כתב דדוקא דברים השנויים בברייתא הוא שהתירו שאינם מוכרים אותם אלא מפני

חסרון כיס אבל כסות וכלים העשויים לסחורה אסור וכתב מרן הב"י שכן כתב הר"ן ז"ל יע"ש. הרי דבמחלוקת הדבר תלוי, וא"כ גם הר"מ אפשר דס"ל כסברת ס' התרומות הנז"ל ומינה למד דשרי לצאת לח"ל לסחורה כנז"ל, ויותר מחוור אלא מה שישב מוהריט"ץ דלמדה מהירושלמי ולא פליג אתלמודא דידן וכאשר טעמו ונימוקו עמו יע"ש. ואל יקשה עליך דאם לסחורה שרי כ"ש ללמוד תורה ולישא אשה וא"כ מה צורך להר"מ להשמיענו דשרי לצאת ללמוד תורה ולישא אשה הא מכ"ש נפקא לן דגם קושיא זו נרגש ממנה מוהריט"ץ בסי' הנז' ותירץ דהוצרך להשמיענו דגם ללמוד תורה ולישא אשה לא הותר אלא דוקא בדעתו לחזור לא"י יע"ש.

זאת תורת העולה לנ"ד בענין לצאת מא"י לח"ל לזיארה כל שהוא לחזור שרי הגם דליכא סרך מצוה דלא גרע מסחורה דשרי לצאת לח"ל ע"מ לחזור ה"נ דכוותה והגם דלדעת התו' לא התירו אלא ללמוד תורה ולישא אשה ולדעת השאלתות לכל דבר מצוה דוקא ולא לדבר הרשות היינו דוקא לענין טומאת כהן דלא הותר אלא בדבר מצוה ותו לא, אבל לענין לצאת מא"י לח"ל דהותר לסחורה כדיליף לה מהירושלמי מק"ו, מינה נפקא גם לנ"ד דשרי לצאת מהארץ לח"ל לזיארה ע"מ לחזור דעדיף טפי מסחורה כנלע"ד. והרי בבראשית רבה פ' וישלח ע"פ וילכ יעקב מצבה אמרו מה ראה יעקב אבינו ז"ל לקבור את רחל בדרך אפרת אלא צפה אבינו יעקב שהגליות עתידות לעבור שם לפיכך קברה שם כדי שתהא מבקשת עליהם רחמים הה"ד קול ברמה נשמע וכו' הרי דע"י העברתם דרך עליה- מתעוררת לבקש עליהם רחמים א"כ אפשר דמכאן סמכו להשתטח על קברות הצדיקים כדי שיבקשו עליהם רחמים, ואפשר דמכאן סמכו לצאת מירושלם לצפת וחברון להשתטח על קברות הצדיקים אשר שם שהרי ע"י שהגליות שגלו מירושלם עוברין דרך מצבת קבורת רחל שהיא בית לחם היא מבקשת עליהם רחמים, הכי נמי בכל קברי הצדיקים שבא"י בצפת וחברון יוב"ב יוצאים מירושלם להשתטח על קבורתם לבקש רחמים ותחנונים עליהם ומן השמים ירחמו, ובפרט על קברי נטעי עולם אבותינו הקדושים דאלים זכותייהו לעתות בצרה ואגוני מגנא ואלולי מצלא ותפילתם עושה רושם פירות ופירי פירות לבניהם עד עולם, ואל יפנה לבבך שהרי אסר ר' חנינא לצאת מהארץ לח"ל אפי' שהיה לקיים מצות יבום כנז"ל, דשאני התם שהיה כדי להשתקע בח"ל לכך אסר כמו שכתבו התוספות בנזיר כמוזכר לעיל אבל בדעתו לחזור אפי' לסחורה שרי כדפסק הר"מ כנז"ל.

באופן עלה בידנו לנ"ד דאפי' מירושלם לח"ל שרי לעלות לזיארה על קברי הצדיקים כל שדעתו לחזור מק"ו דסחורה דשרי לצאת כשדעתו לחזור כדבר האמור, וכן מאי דמספקא לן הוא במאי דנהוג עלמא לצאת מירושלם לחברון ולגליל העליון לזיארה אם יש צד התר אפי' ע"מ שלא לחזור דיש פנים לכאן כאשר אבאר. דהנה ממה שפסק הר"מ דאסור לצאת מהארץ לח"ל אלא דוקא בע"מ לחזור נר' לכאורה לדון דדוקא לצאת לח"ל ארץ העמים שאוירות הנשמות מהרה יהיו בב"י ושבו בנים לגבולם בי"ר. בזה הוא דוקא הוא דלא שרי לצאת אלא בע"מ לחזור. אבל מירושלם לארץ ישראל הגם דקדושת ירושלים אלימא טפי דקדושתה קדושת עולם. מ"מ הואיל והא מיהא נפיק לארץ יש' לא דמי ממש ליציאת ח"ל ושרי לצאת לא"י אפי' ע"מ שלא לחזור והדעת נוטה לכך דאי אמרת דגם לצאת מירושלם לשאר א"י לא שרי אלא דוקא לדבר מצוה ובע"מ לחזור. א"כ מאי איריא דנקט הר"מ את דינו מא"י לח"ל, לישמועינן רבותא דאפי' מירושלם לא"י לא שרי לצאת אלא דוקא בע"מ לחזור ושיהיה דבר מצוה

הא

תלמיד מכריע דודאי ראיותיו חזקות כראי מוצק. אך ורק במה שהעלה דמה שהקילו מסוד ה' ליריאיו על זה באתי דמנאתי סעד במילי דדרשה בס' ספתי כהן בדרשותיו לפ' אמור כו' דפשיטא ליה ספיקיה להתיר ואסמכינהו אמקרא שכתוב לנפש לא יטמא בעמיו וז"ל לנפש לא יטמא אמר להם אעפ"י שאני מצוה אתכם על הטומאה אבל הצדיק שיש בו נפש אחר מיתתו אין בו טומאה לפי שצדיקים במיתתם קרוים חיים ובהם חיות כמו מעשה דאתאי בר יאשיה וכו' כדאיתא בשבת. במעשה דהנהו קפולאי וכן כמה צדיקים כמו ר"א בר"ש שאחר שמת היו באים אצלו לדין ואומר פ' זכאי ופ' חייב ורבינו הקדוש שהיה בא כל ליל שבת לביתו ומקדש לאנש ביתו א"כ הצדיקים הם חיים במיתתם וכו' עד א"כ לנפש שיש לו נפש ששוכנת עמו בקבר לא יטמא לא יש טומאה יום שמת ר' הכריזו בטל כהונה וכו' יע"ש שהאריך ביישוב כל מקראי קדש הנאמרים שם, והנה בראיתו שהביא מהא דיום שמת רבי הכריזו בטל כהונה להתיר טומאה לכהנים הן אמת שכ"כ התו' בפ' הנושא דף ק"ג בשם ר"ח כהן יע"ש אבל התו' שם דחו פי' זה ואוקמוה בטומאת בית הפרס דהוי מדבריהם יע"ש. אמנם הרא"ש בה' קטנות בה' טומאה מפרשה כפי' הר"ח כהן יע"ש. ובס' מעדני מלך יע"ש, וכן נר' שהוא דעת הספתי כהן הנז'. איך שיהיה הרי מפרש לה לקרא להתיר לכהן להטמא לצדיקים והגם דמילי דדרשה נינהו מ"מ עבדינן להו סמוכות למנהג שנהגו הכהנים להשתטח על קברי הצדיקים:

הדרן למאי דאתינן עלה לנ"ד דכיון דלא מצינו מצוה בדבר פשיטה דאין לצאת מהארץ לח"ל מהראיה הנז"ל. ואם נפשך לומר דהתם מה שלא התיר רבי חנינא לצאת לח"ל ליבום היינו משום דנר' דרצונו היה לדור בחוצה לארץ לגמרי אבל כל שחוזר לארץ ודאי דשרי וא"כ גם בנ"ד דיוצא ע"מ לחזור שפיר דמי, הא ליתא דאיברא שכך כתבו התו' בפ"ק דע"ז דף י"ג אההיא דתניא הולכין ליריד של גוים ולוקחין מהם בהמה עבדים וכו' עד ומטמא ללמוד תורה ולישא אשה וכתבו התו' ללמוד תורה וכו' פי' ודעתו לחזור לארץ ישראל דאילו אין דעתו לחזור אמרינן בכתובות אחיו של זה נשא אשה וכו' גם הר"מ ז"ל פ"ה מה' מלכים פסק כן וז"ל אסור לצאת מא"י לח"ל לעולם אלא ללמוד תורה ולישא אשה וכו' ויחזור לארץ וכתב מרן בכ"מ שדבריו הם כדברי התו' יע"ש. מ"מ הגם שהוכיחו כן דבדעתו לחזור לא"י הוא דשרי אין ללמוד מזה לנ"ד להתיר לצאת. דאדרבא מכאן ראיה איפכא לאסור בנ"ד שהרי סיימו דבריהם התו' שם וז"ל ודוקא בהנך מצות שהם חשובות ללמוד תורה שגדול ת"ת שמביא לידי מעשה ואשה נמי דכתיב לא תוהו בראה אבל לשאר מצות לא. אבל בשאלתות דרב אחאי מפורש הנך דקילן וכ"ש לשאר שהם חשובות ע"כ, והשתא לס' התו' ודאי דבנ"ד אסיר שהרי לא התירו אלא דוקא בהנך תרי מצות ותו לא, דון מינה ואי אפי' בשאר מצות ממש לא התירו כ"ש בנ"ד דלית ביה אפי' סרך מצוה דודאי אסור לצאת לח"ל אפי' ע"מ לחזור, וגם לסברת השאלתות דהתירו גם לשאר מצות דחמירי מ"מ היינו דוקא ביוצא לקיים מצוה ממש בין קלה בין חמורה אבל כל היכא דליכא מצוה כלל כיוצא דנ"ד ודאי דאסיר, ודברי התו' במ"ש דלא התירו אלא דוקא ללמוד תורה ולישא אשה ולא בשאר מצות ומכ"ש לדבר הרשות דלא התירו וקשיא לי לדבריהם לשון הבריתא דקתני ואם היה כהן מטמא בח"ל לדון ולערער עמהם. ולסברתם היכי שרי לצאת לדון ולערער דהשתא אפי' לדבר מצוה אסיר בר מהני תרי כ"ש לדבר הרשות והיכי מיתוקמא לישנא דבריתא לדבריהם, ובשלמא לס' השאלתות דשרי לצאת לכל דבר מצוה איכא לאוקומי הא דקתני דיוצא לדון ולערער דבדבר מצוה מיירי כגון פדיון שבוים שנשבה איש ישראלי ביניהם יוצא לדון ולערער עמהם כדי להציל השבוי מידם וכיוצא לדבר מצוה דדמי לה ושפיר. אבל לדעת התו' דלא הותר אלא הני שתי מצות ותו לא קשיא מאי לדון ולערער עמהם דקתני דבמאי מיירי אי לדבר הרשות פשיטא דאסור ואי לדבר מצוה הא נמי אסיר ולא הותר אלא להני תרי מצות ותו לא, וכבר עלה על דעתי ליישב בזה דס"ל דמאי דקתני ומטמא ללמוד תורה וכו' מיירי דוקא בטומאת בית הפרס דלא שרי אלא בהני תרי ולא בשאר מצות ומכ"ש לדבר הרשות וטעמא דמלתא דהואיל וטומאת מת אסירא מן התורה גזרו גם בטומאת בית הפרס דהוי דדבריהם ולא התירו ליטמא בטומאת בית הפרס אלא דוקא ללמוד תורה ולישא אשה ולא בשאר מצות ומכ"ש לדבר הרשות דהואיל ועיקר טומאה מדאוריתא גזרו בטומאת בית הפרס אטו טומאה דאוריתא והא דקתני לעיל ואם היה כהן וכו' דמטמא לכל מילי לא מיירי בטומאת בית הפרס אלא לצאת לח"ל דגזרו על אויר ח"ל טומאה דהואיל וליתא לה עיקר מן התורה ואינו אלא טולד גזרה דדבריהם הילכך התירו לכהן לצאת לדון ולערער אפי' לדבר הרשות כן היה נלע"ד ליישב הבריתא לדעת התו' והדרי בי ולא מחוורא מלתא דהא כתבו התו' עלה דמטמא לישא אשה דפי' דוקא בדעתו לחזור לא"י, ומוכרח לפי זה דלא מיירי בטומאת בית הפרס דהא פסק הר"מ בפי"א מה' טומאת מת דין י"א דאין בית הפרס בח"ל והיא תוספתא בסוף אהלות, וכיון שכן על כרחין דהא דמטמא לישא אשה לאו בטומאת בית הפרס איירי אלא לענין טומאת יציאת לח"ל והדרא תמיהא לדוכתא לדברי התו' שכתבו דלא הותר אלא להני תרי מילי ולא לשאר מצות דלפי זה הא דקתני ואם היה כהן וכו' קשיא דנמצא סותר לס' התו' כדבר האמור, והנ"ל ליישב דברי התו' דאפ' דס"ל דהא דקתני ואם היה כהן וכו' מיירי בכהן הדר בח"ל דכיון דדר שם מטמא לכל מילי ואפי' לדבר הרשות כגון לדון ולערער, וסיפא דלא התיר אלא ללמוד תורה ולישא אשה מיירי בכהן הדר בא"י דלא הותר לצאת לח"ל אלא דוקא להני תרי מילי ולא לשאר מצות ומכ"ש לדבר הרשות כן נר' ליישב כעת דברי התוספות.

באופן דבהא דאמרו דמותר לצאת לח"ל ללמוד תורה ולישא אשה דעת התו' הוא דוקא להני תרי התירו ולא לשאר מצות, ולדעת השאלתות בכל דבר מצוה התירו, ובכן בוא נבוא לתור ולדעת הפוסקי הלכות כמאן ס"ל דהנה הר"מ ספ"ג מה' אבל כתב וז"ל מותר לכהן ליטמא בבית הפרס או בח"ל לדבר מצוה וכו' כגון שהלך לישא אשה או ללמוד תורה וכו' עד וכן מיטמא בטומאה של דבריהם לדון עם הכותים ולערער עמהם וכו' וכן כל כיוצא בזה, גם הטור יורה דעה סי' שע"ב נקט כלשון הר"מ יע"ש.

וראיתי בס' מעדני מלך בחיבורו על הרא"ש בה' קטנות סוף ה' טומאה בלחם חמודות ס"ק ל"ו הביא דברי התו' והשאלתות וכתב וז"ל ומלשון רבינו שהוא לשון הרי"ף שכתב ואי אזיל לדבר מצוה כגון ליגסב אתתא וכו' נר' דבשאלתות ס"ל מדכתב כגון ואף הר"מ בספ"ג דה' אבל כתב כגון וכו' וכן בטור סי' שע"ב, אבל הש"ע השמיט תיבת כגון ע"כ. והשתא לפי הכרעתו שהכריע בדברי הר"מ והטור דס"ל כדעת השאלתות א"כ צריך לומר דמה שסיים הר"מ וכן מיטמא בטומאה של דבריהם לדון עם הכותים וכו' מיירי בדבר של מצוה דוקא כפדיון שבוים ודומה לו וכדפרישנה לעיל הבריתא לדעת השאלתות, אך צריך לדקדק כפי זה מ"ש הר"מ בפ"ה מה' מלכים דין ט' אסור לצאת מא"י לח"ל לעולם אלא ללמוד תורה ולישא אשה או להציל מן הכותי ויחזור לארץ וכן יוצא הוא לסחורה

ימים ראיתי בספרן של ראשוני' מקשים על מ"ש בתו' דמשמע במסקנא וכו' דהמסקנ' היא שם להפך דהא אסיק ואף ר' יונתן הדר ביה וכו' עד אלא מאי דידעי ל"ל למימר להו לאחזוקי ליה טיבותא למשה ע"כ. הרי דאסיק דידעי הפך דבריהם, ואני בעניי יכולתי לתרץ דהא דר' יונתן הדר ביה היינו לומר דהמתים מספרים זה עם זה כדמייתי ראיה מקרא ׳משה. והיינו דדייק רש"י ז"ל שם וז"ל זאת הארץ במיתת משה כתיב דלכאורה אין לו מובן דזיל קרי הוא אלא הכונה דלא נימא דהך קרא נאמר לו שיאמר לאבות בעודו בחיים דא"כ לא הוכיח ר' יונתן דהמתים מספרים זה עם זה דהא בעודו בחיים קאמר להו אמטו להכי הוצרך רש"י לומר דבמיתת משה כתיב שנאמר לו שלאחר מותו יאמר לאבות דבר זה אלמא דהמתי'ם מספרים זה עם זה וס"ל לתו' דדוקא מתים אהדדי הוא דידעי אבל בעל חי ההולך על קברם להודיע לערו ודאי דלא ידעי ולכך הקשו קושיתם. ולפי דרך זה נ"ל דהא דקאמר אלא מאי דידעי וכו' היינו לומר דידעי ע"י מת אחר דהוא יודיעם שהרי מת אהרן קודם לו והוא יגיד לאבות את דבר ה' וא"כ כי אמר להו מאי הוי ומשני לאחזוקי ליה טיבותא כן נראה לפרש הך מסקנא לשיטת התו'. ועכ"ז לא ימלט מהדוחק. אך הנראה יותר אפי' אם נגיח שיטה השמועה כפשטה דמשמע דידעי מ"מ ס"ל לתו' דלא קיימא אמסקנא. ויגיד על זה דאחרי סמוך להך מסקנא אמרינן התם אמר ר' יצחק כל המספר אחר המת כאלו מספר אחר האבן א"ד דלא ידעי וא"ד דידעי ולא איכפת להו ופריך איני והא רב פפא וכו' ומשני שאני צורבא מרבנן דקב"ה תבע ביקריה. ואם איתא דהוי מסקנא דלעיל מסקנא גמורה מה שייך לומר א"ד דלא ידעי וכו' ואמאי משני שאני צורבא מרבנן הלא לפום מסקנא דלעיל הא אסיקנא דמיתי ידעי, אלא ודאי דהך אינה מסקנא מוסכמת לכ"ע אלא דר' יונתן הוא דהדר ביה מיהו אימוראי אחריני פליגי עליה וס"ל דלא ידעי ולדידהו הך קרא דמשה דאייתי ר' יונתן לעיל איכא למימר דהיינו דוקא דהמתים מספרים זה עם זה אבל במילי דחי לא ידעי. אי נמי דההוא קרא אפשר שאבות העולם שאני אבל שאר צדיקים לא. וא"כ הואיל וכן הך מסקנא כ"ל להתו' שאינה מוסכמת אלא מסקנא דבתר הכי דאמר שאני צורבא מרבנן וכו' עיקר לומר דלעילם לא ידעי שאני צורבא מרבנן וכו' ומדלא קאמר בלשון דילמא שאני צורבא מרבנן כדנקט הש"ס. בכל הראיות דלעיל מינה אלמא דהך מסקנא לקושטא קאי דלעולם מיתי לא ידעי ושאני צורבא מרבנן וכו'. ולפום הך מסקנא הוא דהקשו התו' דמשמע במסקנא דאפי' מיתי לא ידעי כנ"ל כעת.

אך מה שיש לדקדק הוא בתירוץ התו' שתירצו דע"י תפלה מודיעין להם והביאו ראיה מההיא דתעניות שאמרו כדי שיבקשו עליהם רחמים כנר' שתפסו עיקר כאיכא דאמרי התם, ואילו בפסקי תו' דתעניות נראה שתפסו כאיכא דאמרי אחרינא כמוזכר לעיל. והנ"ל דס"ל דהתם בתעניות ציבור שהוא כדי להכניע לבם התם דוקא הוא דתפסו כא"ד אחרינא אבל בעלמא ס"ל עיקר כא"ד כדי שיבקשו עליהם רחמים והא והא איתיה. דבר הלמד מזה דהרי מצינו מקום למנהגן של ישראל להשתטח על קברי הצדיקים כדי שיבקשו עליהם רחמים ותפלתם עושה רושם להגין על החיים.

והרי מצאנו לרשב"י זכותו יגן בעדינו אמן בס' הזוהר הקדוש בפ' ויחי דף רכ"ה ע"א הפליג לדבר על הוצאת ס"ת לבית הקברות בעצירת גשמים שלא תבוא על הציבור דע"י זה מתערי מתייא לבקש רחמים על החיים כמוזכר בדבריו שם יע"ש בדברות קדשו מיהו מכללות דבריו שם נראה שס"ת הוא הגורם שיתעוררו המתים להתפלל על החיים. משמע הא לאו הכי בהליכת לבית הקברות לחוד אין בו מועיל כאשר יראה הרואה למדקדק בדברי קדשו, ועם כל זה נר' מדבריו שם בדף הנז' ע"ב דאבות העולם זכותם אלים טפי דאפי' בלא ס"ת בכל צרה שלא תבא על הציבור אינון מתערין לבקש סליחות ותחנונים לפניו ית' על זרע ישראל יע"ש. ולפי דבריו הרי מצאנו מעלה יתירה באבות העולם יותר מכל שאר הצדיקים, ואפשר דעל זה סמכו יושבי ירושלם לעלות ולראות ולהשתטח על קברי אבות העולם כל חד וחד כדידיה קא משער לפום צערא לעורר עליו את הרחמים מאבותינו הקדושים דזכותיהו אגוני מגנא אכולי עלמא. נא ולמד ממה שהוקבעה ברכה במגן אבות להזכיר זכותם להגין על החיים ואסמכוה אקרא שאמר ואברכה ואגדלה שמך כנודע, מכאן ראיה לזכות אבות העולם כי רב הוא שע"י שאנו מזכירים אותם מתעוררים הרחמים עאכ"ו להשתטח על קבריהם דאלים טפי להגן על החיים.

באופן דהגם דמנהגן של ישראל להשתטח על קברי הצדיקים תורה היא, מ"מ אין הדבר הזה מצוה ואפי' מדברי סופרים רק מנהג בעלמא. ומעתה אבא היום אל עין עין משפט לדון בדברי מרן השואל שי' כאשר יורונו מן השמים וזה החילי בס"ד. הן קדם במה שהתיר אתירה מתחת כסא כבודו בראשית מאמר אם מותר לצאת לזיארה מהארץ להשתטח על קברי הצדיקים שבח"ל ע"מ לחזור, הגם דידענא בי ולבל מאי דהתי מחמתי שאין ידעתי מכרעת ולפניו נגלו תעלומות חכמה ולאו לאודעי הוא צריך. מ"מ הגם שגו משנה שאינה צריכה אמרתי אלקטה באמרי'ם ללמד דעת אותי ולכוונא בי כאשר תשיג ידי יד כהה וה' אלקים יעזור לי ולענין לצאת מהארץ לח"ל לדידי חזי לי דליכא ספיקא כלל ופשיטא לי דאסור, ואמינא לה מעובדא דסוף כתובות ההוא גברא דנפלה ליה יבמה בי חוזאה אתא לקמיה דר' חנינא א"ל מהו למיחת וליבמה אמר לו אחיו נשא גויה ומת ברוך שהרגו והוא ירד אחריו ע"כ. ומשמע מהאי עובדא דאפי' ליבא אשה או יבמה שהיא מצות עשה מן התורה אינו יכול לצאת לח"ל. עאכ"ו לצאת להשתטח על קברי צדיקים שבח"ל דלא נמצא בזה צד סרך מצוה אפי' דדבריהם דודאי דדבר פשוט הוא דאינו יכול לצאת והדברים ק"ו והאריכות בזה אך למותר. ומצאתי אילן ליסמך עליו מיוחסי כהונה הוא הרא"ש כמוהר"ר יצחק הכהן יצ"ו בספרו הנכבד והנורא אשר האירה הארץ מכבודו זה שמו לעולם ויעש לו בתים בתי כהונה ובתי דינים בסי' כ"ג על ענין הכהנים ההולכים להשתטח על קברי הצדיקים כוננו ידיו אמונה לדיעה אי שרי מדינא או לא וענין רואה נמאור עינינו רב כהנא יצ"ו צלל במים אדירים ואזן ותיקר בחיפוש מחיפוש בחכמתו הרמתה ולא מצא גד היתר בדבר לפום דינא וסוף דינא הניח הדבר במנהג ממה שלא ראה מי שקרא עליו ערער וכתב דאולי נגלה להם מסוד ה' ליראיו כאשר יראה הרואה שם בתורה ארוכה מיני ים, ובכלל דבריו הנאמרים באמת כתב וז"ל אבל להשתטח על קברי הצדיקים לא מצינו מצוה ידועה כדי שנקל בטומאה של דבריהם עכ"ל לעניננו, אף אני אביא לנ"ד דהואיל דליכא מצוה ידועה בדבר פשיטא דאין להקל לצאת מהארץ לח"ל והדברים ק"ו כדבר האמור.

איברא דבעיקר ספיקו של הרב הכהן הגדול יצ"ו אשר הניף ידו בכחה דאיסורא בראיות מספיקות. ורובי תורתו הסכימה לדעת עליונה הוא הרב מעדני מלך בחיבורו לה' טומאה אמ"ש הרא"ש בה' קטנות ואסיר ליה לכהן למיעל לבית הקברות וכו' וע"ז האריך הרחיב בלחם חמודות הוא ל"ד יע"ש באורך וברוחב וה' עמו שהלכה כמוהו, ואני לעצמי כנמול עלי אמו ואין תלמיד

יהיה בעזרי ללמוד וללמד עוד כל ימי הארץ ולכל בהן חיי רוחי, כי באלה חפצתי כל עוד נפשי, בי אף רוחי. ויצלני משגיאות ויורני מתורתו נפלאות אמן כן יאמר ה' צור מחסי מבטן גוחי :

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

סימן ז'.

דיני השתטחות על קברי הצדיקים.

שאלה איש הישראלי שהוא מתושבי הארץ אם מותר לצאת לח"ל לזיארה על קברי הצדיקים שבח"ל ע"מ לחזור לארץ או לא, ואת"ל שאסור ובפרט אם הוא יושב ירושלם תוב"ב לדעת הר"מ ז"ל דס"ל דקדושת מקדש וירושלם אינה בטילה לעולם וקדושה ראשונה לגבי מקדש וירושלם קדשה לעתיד לבא. א"כ לא מלאנו ידינו ורגלינו מה שראינו מעשים בכל יום שיושבי ירושלם יוצאים לזיארה על קברי הצדיקים שבחברון ושכם וצפת תוב"ב דהא מדתנן הכל מעלין לא"י ואין הכל מוציאין הכל מעלין לירושלים ואין הכל מוציאין, משמע שדינן שוה. ואם נניח במוכח שאסור לצאת מירושלם לח"ל לזיארה הוא הדין שיהא אסור לצאת מירושלם לחברון וכיוצא ומאן פלג בין צדיקים שבח"ל לצדיקים שבחברון לענין זה ואעפ"י שאמרו בירושלמי כל הלכה שהיא רופפת בידך פוק חזי מאי עמא דבר, מ"מ יורנו המורה אם יש איזה ראיה לדבר, והנה מי שבא לירושלם על דעת להשתקע בו אמנם מ"מ דעתו היה מתחלה לילך לזיארה לחברון וכיוצא ובפרט אם הוא בתוך י"ב חודש כאיש הלזה י"ל אדעתא דהכי סליק מעיקרא. אמנם מי שבא סתם ולא היה דעתו מתחלה לכך והוא כבר ישב בירושלם י"ב חדש יורינו המורה מה יהיה משפט האיש הלזה בראיות נכוחות ושכמ"ה.

תשובה ריש כל מרא"ן האותיות שאלוני לאור ולחפש אעיקרא על מה סמכו העולם להשתטח על קברי הצדיקים ומה תועלת נמשך לחיים בכך. איברא דמצאנו לרב האי גאון הובאו דבריו בטור יורה דעה סי' שמ"ד שכתב ז"ל חכם ואלוף וגאון וכו' וביום השביעי עולים לבית הקברות ומבקרים אותו וכן ביום ל' ותכלית י"ב חדש מבקרין ומסבבין אותו ע"כ. מיהו הנר' דטעמא הוי משום כבודו כדי להספידו עד י"ב חדש שנשמתו של אדם עולה כדאמרינן בשבת פ' שואל אבל לאחר י"ב חדש שנשמתו עולה ואינה יורדת לכך מבקרין אותו בתכלית י"ב חדש ותו לא וכן מוכח מדברי הרמב"ן בס' תורת האדם הביא דבריו הב"ח סי' הנז' יע"ש, ומאחר שלא נמצא חיוב לבקר המת זולתי עד י"ב חדש א"כ חל עלינו חובת ביאור לידיעה טעם למנהגן של ישראל להשתטח על קברי הצדיקים היכא רמיזה ועל מה סמכו העולם בזה ואיה מקום מוצא דבר למנהג זה, והן אמת די"ל טעם לדבר כדי שיבקשו עלינו רחמים וכה"א דאמרו בפ"ב דתעניות גבי תעניות ציבור תנן ויוצאין על הקברות ואמרי' עלה דף י"ז למה יוצאין לבית הקברות פליגי בה ר' לוי בר חמא ור' חנינא חד אמר הרי אנו חשובין לפניך כמתים וחד אמר כדי שיבקשו עלינו רחמים מאי בינייהו איכא בינייהו קברי גוים ופירש"י קברי גוים במקום שאין קברי ישראל לבקש רחמים אפי' על עצמן ליכא כ"ש עלינו. והתוס' ז"ל שם כתבו ויוצאין לבית הקברות מכאן נוהגין בכל מקום לילך לבית הקברות בתשעה באב שהרי ט"ב הוי תענית ציבור כמו שהיו עושים מפני הגשמים ע"כ. פשט הדברים מורים דס"ל כמ"ד כדי שיבקשו רחמים ולכן גם בט"ב יוצאין כדי שיבקשו רחמים על גלות המר הזה שהש"ת ימהר יחיש יגאולתנו דאילו לאידך טעמא לא שייך בט"ב והוא ברור. גם בסוטה נראה דס"ל כטעם זה וכמו שנכתוב לקמן בס"ד, אכן קשיא לי דזה הפך מה שכתוב בפסקי תו' בתעניות סי' מ"ג ז"ל יוצאין לקברות לרחובה של עיר כגולים ואם נתחייבנו מיתה הרינו כמתים ואם גלות הרינו גלינו ואם רעב הרינו רעבים ע"כ, כנראה דתפסו לאידך טעמא דמ"ד הרינו כמתים והוא הפך מ"ש התו' בטעם ט"ב דיוצאין לבית הקברות דזה לא שייך. אם לא שנאמר דגם בט"ב שייך טעם זה לומר דאם נתחייבנו גלות הרי גלינו ואם מיתה הרינו כמתים והוא ירצה בעונינו. ואיברא דמ"ש טעם לרחובה של עיר הוא כגולים לומר דאם גלות הרינו גלינו קשיא לי דזה יספיק אפי' מבי כנישתא לבי כנישתא כמו שאמרו שם בש"ס א"נ מבי כנישתא לכנישתא יע"ש. ואין זה טעם לרחובה של עיר אלא לומר זעקנו בצינעא ולא נענינו נבזה עצמנו בפרהסיא. איך שיהיה הרי דהתו' תפסו עיקר הטעם דיוצאין לקברות היינו לומר הרינו כמתים ודלא כאידך דאמר כדי שיבקשו עלינו רחמים. גם מרן ז"ל בשלחנו א"ח סי' תקע"ט תפס טעם זה עיקר שכתב יוצאין לבית הקברות ובוכים ומתחננים שם כלומר הרי אתם מתים כאלו אם לא תשובו מדרכיכם ולפ"ז אם אין קברי ישראל הולכים על קברי גוים ע"כ, הרי שתפס כטעם הנז' ודלא כמ"ד כדי שיבקשו רחמים.

וראיתי להמג"א בה' ט"ב ס' תקנ"ט עמ"ש המפ"ה שם והולכים על בית הקברות וז"ל על הקברות דגם המתים מצטערים ולכן לא מהני אם הולך על קברי גוים, מיהו אם אין קברי ישראל הולכים על קברי גוים כמ"ש סוף סי' תקע"ט ע"ש, ודברים תמוהים אני רואה, חדא דלא אמרו בסי' תקע"ט כן אלא לטעם דהרי אנו כמתים אבל הכא דטעמא הוי משום דגם המתים מצטערים א"כ קברי גוים מאי שייטייהו להצטער נהפוך הוא כי ששים ושמחים יותר על צערינו, זאת לא זאת דהרי לטעם הנז' כתב דלפי טעם זה אין לילך על קברי גוים. וא"כ איך סמוך לזה כתב דאם אין קברי ישראל דילכו על קברי גוים דנמצאו דבריו דסתרי אהדדי. סוף דבר לא זכיתי להבין אמרי קדוש ולצ"ע. אם לא שנאמר דמ"ש בתחלה היא ס' הרב של"ה, ומ"ש א"כ ומיהו וכו' הוא ס' עצמו דס"ל דטעם ט"ב הוי לומר אם נתחייבנו מיתה הרינו כמתים וכמ"ש לעיל לס' התו' כנז"ל ולפי טעם זה הוא הוא מ"ש דאם אין קברי ישראל הולכים על קברי גוים כנ"ל.

וראיתי להרב הלבוש בסי' תקע"ט על דברי מרן בש"ע כתב וז"ל יוצאין לבית הקברות להתחנן שם ולומר וכו' אבל גם יש טעם אחר וכו' יע"ש. ולכאורה כיון דהרב הלבוש אדברי מרן קאי הי"ל להביא הטעם האחרון לראשון שתפס רבינו כמותו בש"ע, ומה לו להביא הטעם הראשון על דברי מרן דליתא. שוב ראיתי במגן אברהם שם כנראה שנרגש כן על דברי הלבוש יע"ש, גם את זה ראיתי בלבוש ה' ט"ב ס' תקנ"ט סעיף ז' כתב טעם שיוצאין לבית הקברות בט"ב כדי לעורר האבילות יע"ש וזה מסכים הולך למאי דכתיבנא לעיל להסכים דברי התו' עם פסקי התו' וק"ל. באופן שמכל הני דוכתי מוכח שלא תפסו הפוסקים בטעם יציאה לבית הקברות כמ"ד כדי שיבקשו עלינו רחמים אלא כאידך טעמא דמ"ד כדבר האמור. וא"כ אכתי לא אתברירא לן טעם למנהגן של ישראל שנהגו להשתטח על קברי הצדיקים.

רק את זה מצאתי בפ' אלו נאמרין בענין שנאמר ויבא עד חברון פריך הש"ס ויבואו מיבעי ליה אמר רבה מלמד שפירש כלב מעצת מרגלים והלך ונשתטח על קברי אבות אמר להם אבותי בקשו עלי רחמים וכו' וכתבו התו' וא"ת והא אמרינן בפ"ד מיתות דמיתי לא ידעי מידי ומשמע במסקנא אפי' אבות העולם י"ל ע"י תפלה שזה מתפלל מודיעין להם שכך התפלל וכו' יע"ש. איברא דזה

ימים

והמלוה חשיב בעליו הואיל ולא ידע דבאיסורא אתא לידיה וכמו כן גם בחלוקת נתנו לבכורת בנו איכא למימר דס"ל דבנו פדוי, וטעם לדבר נ"ל דהגם דקי"ל דמלוה הבאה בעבירה לא נפיק י"ח מ"מ הכא הואיל ואין הכהן והמלוה ידעי' דבאיסורא אתא לידיה נפיק י"ח. כי היכי שכתבו התו' דהגם דבעלמא קי"ל דאין שליח לדבר עבירה אפ"ה הכא מיחייב הגנב משום דלא ידע השליח דבאיסורא אתא לידיה, הוא הדין והוא הטעם לומר דיצא י"ח פדיונו ולא חשבי' ליה במלוה הבאה מעבירה כיון דהכהן לא ידע דבאיסורא אתא לידיה ובנו פדוי. וכן מדוקדק מדברי התוס' הנז' שהבאתי שכתבו ומיירי שלא נתן לבכורת בנו וכו' אלא אפותיקי בעלמא עשה להם שאם לא יפרע עד יום פ' שיהא קנוי להם. מדבריהם אלה נר' דדוקא משום שעשאו אפותיקי הוא דהוי שומר מאחר דקבע לו זמן לפרעונו עד יום פ' הא היכא שנתנו לו לאלתר לגמרי אז אין לו דין שומר אלא ממונו מיקרי והיינו ודאי דטעמא דחשיב ממון כהן משום דבתורת פדיון אתו לידיה ואם איתא דאין בנו פדוי ולא נפטר מחובו ע"י זה לא הוה לן לאחשובי ממוניה אלא ודאי דבנו פדוי וטעמא הוי כדכתיבנא הואיל ולא ידע הכהן דבאיסורא אתה לידיה.

אמור מעתה בנ"ד כמו כן דאף דהוי שואל שלא מדעת דגזלן הוי לא דייניכן ליה כדין מלוה הבאה בעבירה הואיל ולא ידע הכהן דבאיסורא אתא לידיה והלכך בדיעבד בנו פדוי כן היה נ"ל לדון.

אלא דאחרי רואי היטב אכתי לא מפשטה מלתא להתרא, חדא שאפי' לדברי התו' שהבאתי אין הדבר מבואר כ"כ להתיר ואיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי דגם לדעת התו' ס"ל דלא יצא י"ח לא בפדיונו ולא בפרעון חובו הואיל דהוי מלוה הבאה בעבירה, ומ"ש התו' דאם נתנו לגמרי הוי בעליו היינו לומר דמיקרו בעליו לענין לחייב הגנב בתשלומין ע"י נתינה זו ומשום קנסה בעלמא קנסו לגנב לחייבו אבל אפשר דעם כל זה ס"ל דלא נפיק י"ח. באופן שאין מדברי התו' ראיה מכרעת.

ותו דהגם שנאמר כן בדעת התו' מ"מ מאחר דהר"מ ז"ל לא פירש כן אלא דפיטור וחיוב דתנן אכהן ואשומר קאי משום שנכנסו הם במקום הגנב והו"ל כאילו הם גנבוה וחיובא ופיטורא עליהו רמיא וכן דעת מרן בשולחנו הטהור לפסוק כהר"מ. הנה כי כן לפי דעת עמודי ההוראה הנז' הנך רואה דאין ללמוד מזה שום ראיה כלל לדון דיצא י"ח הפדיון כיון דמתני' לא איירי בהכי. וא"כ הדר דינא לנ"ד דמאחר דמדין גזל אתינא עלה הו"ל מלוה הבאה בעבירה ולא יצא י"ח פדיון כלל.

אכן עם כל זה יש לי לדון בנ"ד דיצא י"ח. דאיברא דאם ראובן זה היה הוא עצמו שואל החפץ והאזור שלא מדעת בהא ודאי היה הדין נוטה לדון דלא יצא י"ח אכן לפי המוצג בשאלה דראובן היה סבור שהאזור היה מחמותו שהשאילתו לו. ונמצא דחמותו היא שעשתה איסור ששאלה שלא מדעת והיא הנקראת גזלנית אכן ראובן אין בידו עון אשר חטא דלפי סברתו אשר חשב שהאזור היה מחמותו. כל כי הא נמצא דראובן לא עשה שום איסור בדבר ולא שייך בזה דין שואל שלא מדעת כיון דסבור היה דבהיתרא אתא לידיה ופדה בו בנו והלכך כל כי האי גו' לדון דתו לא חשיב מלוה הבאה בעבירה מאחר דבין ראובן ובין הכהן לא שייך איסור בהו ובהיתרא אתא לידייהו וכיון שכן תו ליכא שם דמלוה הבאה בעבירה ובדיעבד גם מפאת זה דן אנכי דבנו פדוי.

האמנם עם כל זה יש לדון דאינו פדיון ואע"ג דבהיתירא אתא לידיה והוא כי לעיל בראשית דברינו טעמא דהעלינו דאם השאיל לו חפץ לפדות בו בנו דיצא י"ח הוא נלמד מדברי הרא"ש בענין קידושין שהעלה דהוי מקודשת מטעם דהוי כאילו השאילו שורו ונתן לו רשות להקדישו דהוי קדוש. ה"נ הרי נתן לו רשות לקדש בו אשה והלכך מקודשת כמוזכר בדברי הרא"ש ז"ל.

אמור מעתה בנ"ד דבשלמא אם האזור הלז היה של חמותו ודאי דדייניכן ליה כקידושין וכי היכי דהתם קדוש ה"נ בנו פדוי אכן מאחר דהוברר הדבר דהאזור שאול הוא בידה לכבוד ולתפארת דוקא ולא לפדות בו כלל. וחמותו שאלה שלא מדעת דהוי גזלן ונתנתו לראובן מתנה כל כי הא אף הרא"ש יודה דגם בקידושין לא מהני מאחר דדין גזל יש לה וכההיא דאמרינן בקידושין פ"ב מתיבי קדשה בגזל בחמס או בגניבה וכו' מקודשת התם בגזל דידה וכו' הכא בגזל דידיה. אלמא חזינן דבגזל דעלמא' לא מקדשה, וטעמא כמ"ש הרא"ש ז"ל משום שאינו שלו וכדר' יוחנן דאמר גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהן אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו יע"ש. ובכן בנ"ד פשיטא דהואיל ואין החפץ של חמותו וגזל הוא בידה ודאי דלא מצי ראובן להקדישו הואיל ואין החפץ שלו וגם חמותו לא מציא למיהב ליה לחתנה אדעתה להקדישו מאחר שאינו שלה, ואם הקדישו ראובן אינו מוקדש, וא"כ כל כי הא גם הרא"ש יודה דגבי קידושין כמי דאינה מקודשת וגם לא שייך לומר דלהוי מתנה ע"מ להחזיר דהויה מתנה דכל זה אינו אלא כשהחפץ היה של הנותן שייך שפיר לומר דלפחות נתנו לו במתנה ע"מ להחזיר אם לא יועיל לשון שאלה. אבל כיולא בנ"ד לא מיקרי מתנה ע"מ להחזיר הואיל ואין החפץ של חמותו. דכל כי הא אפי' שמעינן לה דאמרה בהדיא לחתנה אני נותנתו לך במתנה ע"מ להחזיר לא הוי מתנה. וטעמא דמלתא דהלא הלכה רווחת בים' שכל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת לא הויא מתנה, ולכן בעלמא במתנה ע"מ להחזיר דהויא מתנה היינו טעמא משום דאם הקדישה הויא מקודשת ולהכי הויא מתנה. אבל כיולא דנ"ד דמשום לתא דגזל אתינא עלה פשיטא דאין יכולת ביד שום א' משניהם להקדישה ואם הקדישה אינה מקודשת, ולכן פשיטא דאפי' דיהבה ע"מ להחזיר לא שמה מתנה. וחזר הדין פשוט דכיולא בנ"ד גם הרא"ש ז"ל אזיל ומודה דהמשאיל חפץ מחבירו כגון זה דבקדושין אינה מקודשת וזה ברור ופשוט לע"ד בדעת הרא"ש.

ובכן קם דינא גם בנ"ד דפדיון זה כלא הוא חשיב ואין בנו פדוי וצריך הוא לחזור ולפדותו מכל הני טעמי תרילי דכתיבנא כנלע"ד. וגם לענין ברכה היה נלע"ד דצריך לחזור ולברך על הפדיון כההיא דאמרינן ספק קרא ק"ש ספק לא קרא חוזר ומברך מ"ט ק"ש דאורייתא, והעלה מרן בדין זה דכל מצוה דאורייתא שנסתפק לנו בעשיתה אם יצא י"ח דצריך לחזור לעשותה ולברך עליה כאשר האריך מרן בכ"מ על הר"מ בה' ברכות. וגם ה"ה ז"ל בה' מגילה וחנוכה כנודע. ובתשו' הר"מ לחכמי לוניל.

ומעתה בנ"ד מאחר שכבר הוכחנו נאמנה דמדינה לא יצא י"ח הפדיון והיא מצוה דאורייתא דפשיטא דצריך הוא לחזור ולברך עליה דלא יהא אלא ספק אם יצא אם לא, הלא לדעת מרן צריך לחזור ולברך עליה כ"ש בנ"ד דמדינה צריך לעשותה דיש לברך עליה כנ"ל להלכה לא למעשה דלענין ברכה לבי מהסס בה טובא. ולכן כללן של דברים מיחייב ראובן לחזור ולפדות בנו ואם ירצה לא יברך' שנית דברכות אינן מעכבות כנ"ל להלכה ולמעשה אם יסכימו עמי רבנן יושבי על מדין דורשי רשומות גמין ותתין. רבנן תקיפי ארעא דישראל לתורה ולתעודה עדי זהב על לבושין ארגונא. ותלתין. וישמח ישראל בעושיו הוא אבינו שבשמים אשר הנחני בדרך אמת וחלק לנו בבינה מיודעי בינה לעיתים. הוא

יהיה

מצוה הבאה בעבירה. אבל במצוה שאינה תלויה בו לחוד כגון פדיון וכיוצא דהמצוה הית בינו והכהן דעל ידי שניהם נגמרת המצוה אית לן למימר דהגם דלגבי דידיה הוי גזל מ"מ לגבי כהן דלא ידע דבגזל אתא לידיה וסבור הוא דבשלו קא עביד מצוה כל כי הא נפיק בה י"ח. ודוגמא לזה מלאתי בפ' מרובה דף ע"ט ע"א אמתני' דתנן נתנו לבכורות בנו או לב"ח וכו' היה מושכו ומת ברשות הבעלים פטור ובפי' הך מתני' רש"י ז"ל פירש שני פירושים והפי' שהסכים בו הוא דהך נתנו אגנב קאי דנתנו הגנב לבכורת בנו, ופיטור וחיוב דקתני אגנב קאי דמתחייב הגנב בקנין שלוחיו יע"ש, ופי' זה תפסו עיקר התו' שם ד"ה נתנו לבכורת בנו וכו' והקשו וא"ת ואמאי מתחייב הגנב והא אין שליח לדבר עבירה ותירצו וי"ל דהנהו לא ידעי דאתי לידיה, באיסורא אלא סבורין שהיה שלו ולהכי יש שליח לדבר עבירה זהו ת"ד יע"ש, ואיברא שהג"י תמה על דברי התו' הללו, מ"מ מוהרש"ל שם בשיטתו לקמא ומוהרי"ט בתשו' בח"א סי' ק"ו האריך ליישב בין מה שתמה עליו מהסוגיא דשנים אוחזין ובין מהסוגיא דקידושין בענין יוהכ. ומכלל דברי מוהרי"ט אתה תחזה דאין מקום למה שתמה מוהרש"ל על הנמק"י מהסוגיא דקידושין ומשם בא"ה, והיה מקום לפלפל על דברי מוהרי"ט בההיא דיוהכ בע"ה אם יגזור ה' בחיים אפנה ואשנה בס"ד.

ואנכי הרואה להרב מוהרי"ט שם שאחר שהבי' דברי התו' כתב וז"ל ואעפ"י שאיני רואה שום ראיה לסתור דינן של התוס' סוף סוף האחרונים ז"ל אמרו והם ידעו מאיזה טעם אמרו גם ראיתי להר"מ בפ"ג מה' גניבה שנראה שמפרש כלשון א' שדחו רש"י והתו' ז"ל דחייב קאי אשומר או אכהן ולפי זה אין ראיה לדין של התו' דדילמא בכל ענן אמרינן אין שליח לדבר' עבירה עכ"ל. וראיתי בס' מולא מאש סי' ל"ה הבית תשו' זו דמוהרי"ט ותמה עליו מתשו' אחרת למוהרי"ט בח"א סי' ל"ה שסתר את דבריו שכתב שם בפשיטות דלא אמרינן אין שליח לדבר עבירה אלא כשהשליח יודע שיש עבירה ול"ע, ולע"ד היה נראה להלין לזה דשאני הגס בנדון ל"ה שהעלה לפטור השליח היינו משום שגם המשלחים טעו ולא עשו עבירה רק טעות היתה בידם שהסכימו בהסכמה ההיא שלא מדעת הגיס. והלכך לא שייך בזה דין שליח לד"ע הואיל והמשלחים אין שום עבירה בידם אלא טעות בעלמא ולזה הוא דסמך הרב לפטור לשליח כמתבאר בדבריו. ולעולם דבעלמא כל שהמשלח עושה עבירה ל"ש אם השליח ידע שהיא עבירה או לא לגמרי אמרינן אין שליח לדבר עבירה והגם דנקט בריש דבריו דהיינו דוקא כשהשליח יודע שיש עבירה, לאו למידק מינה דהא כל שאינו יודע שיש עבירה יש שליח. אלא הכי דיקינן הא כל היכא דליכא עבירה כנ"ד דבטעות היה השליח פטור כנ"ל ליישב לדברי מוהרי"ט ז"ל.

מ"מ הנתבאר מזה שדעת הר"מ ז"ל הוא דלגמרי אמרינן אין שליח לדבר עבירה ל"ש ידע לא שנא לא ידע. ובהיותי קורא ושונה בפרק זה בא אלי איש עמותי כמהר"י ערוך ה"י ותמה דמדברי מוהרי"ט דסי' ק"ו נר' דהוכיח דהר"מ לא ס"ל כחילוק התו' דמפלגי בין כשהשליח ידע או לא ידע דלגמרי ס"ל דאין שליח לדבר עבירה, ולפי זה אייתי דברי מוהר"מ די בוטון דף קכ"ח ע"ב בחיבורו שעשה על לשונות מר אביו הלח"מ ז"ל שתירץ מה שקשה על הר"מ בפ"ג מה' ע"ז שהעושה ע"ז אעפ"י שלא עשה בידו ולא עבדה לוקה וכו' דאיך לקי הא הוי לאו שאין בו מעשה ותירץ הרב ז"ל כיון שאחר עשה בשליחותו כאלו עשאה הוא והקשו ע"ז דהא קי"ל אין שליח לדבר עבירה ותירץ הוא ז"ל דהא ל"ק דמשכחת לה דלילקי כגון דהשליח לא ידע שהיא לורה נעבדת וכו' ובכה"ג חייב המשלח כיון דהשליח סבור דמותר וכמ"ש התו' פ' מרובה ד"ה נתנו לבכורת בנו וכו' יע"ש והתמיהה מבוארת דאיך איפשר דהר"מ יסבור כחילוק התוספות דא"כ הי"ל לאוקומי בההיא דחייב ופטור דתנן הגנב קאי כדעת התוספות ומדלא פסק כן אלא דחיוב ופיטור אכהן ואשומר קאי ש"מ דלא ס"ל כחילוק התו' וכמ"ש לעיל בשם מוהרי"ט, וא"כ היכי נאמר דהלח"מ יסבור בעד רבינו כן. נוסף על זה קשיא לי דהלח"מ שם בפ"ב מה' גניבה אהך דינא כתב בדעת הר"מ שנשמר מדברי התו' דלא ס"ל כחילוקם שהוא דוחק יע"ש, וא"כ נמלא דברי הלח"מ דסתרי אהדדי מהכא להתם ואיך אפשר שיאמר כן הלח"מ בעד הר"מ ובאמת שזו תמיהה רבתי ולל"ע, ואיברא כי לולא דברי הלח"מ דה' גניבה הוה מלינן למימר דשם איזה הכרח הי"ל להר"מ לפסוק דפטור וחייב אשומר ואכהן קאי אבל לעולם דבעיקר חילוק התו' גם הר"מ אזיל ומודה לענין דינא ובהכי הוה ניחא ההיא דה' ע"ז עפ"י חילוק התו'. אמנם מאחר דהלח"מ שם דחה חילוק התו' וכתב דרבינו לא ס"ל כותיהו א"כ איך אפשר לומר דהלח"מ יסבור בעד רבינו כחילוק התו' שדבריו סתרי אהדדי ואם כן אחר המחילה רבה דברי מוהר"מ בנו שהלין כן בעד אביו אין להם שחר ואין קיום והעמדה לדבריו כלל וכדכתי' ולל"ע.

המורם מהם מדברי התו' דס"ל בההיא דנתנו לבכורת בנו דחיוב ופיטור דקתני אגנב קאי מטעם דמאחר דלא ידע יש שליח לדבר עבירה, ותרתי אני בלבי לפי דברי התוס' הללו לדעת אם הגנב יולא י"ח פדיון בנו בזה או לא דלכאורה נ"ל דדמי לחלוקה אחרת דנתנו לב"ח דכי היכי דודאי דע"י זה נפטר מב"ח וחשיבא פריעת ב"ח דאינו יכול שוב הב"ח לחזור ולתבוע ממנו חובו ולומר לו הואיל ומאיסור פרעת לי אינה פריעה דודאי הדעת והסברה נותנת דפריעה מעליאתא היא, ולמען הראותך דין כיולא בזה דאף פריעת איסור הוי פריעה מעליאתא אביא ראיה לדברי ממ"ש הר"מ בפ"ה מה' נדרים וז"ל זה הבן האסור בירושת אביו וכו' עד וכן אם פרע בחובו או בכתובת אשתו וכו', והטור בי"ד סי' רכ"ג חלק על הר"מ וכתב ואיני מבין דבריו היאך יהא מותר לו לפרוע חובו מנכסים האסורים עליו. וכתב עליו מרן בב"י שלא על הר"מ תלונתו אלא על מתני' דהגוזל ומשום דאישתמיטתיה לרבינו הך מתני' תמה עליו עכ"ל יע"ש. ובאמת שכבר במקום אחר הלאתי על תמיהת מרן הנה כתובה אתי באמתחתי, מ"מ מפשטן של דברים מוכח דס"ל דהגם דמתהני ופורע לו ממון האסור עליו דהוי פרעון. דון נמי גבי גנב הכי נמי דהגם דפורע לו מממון איסור דהוי פריעה, וא"כ ה"ה נמי בחלוקת נתנו לבכורת בנו דהגם דהוי מגניבה דשפיר הוי פדיון. וכן מתבאר מדברי התו' עלמם שם ד"ה תקנו משיכה בשומרים וכו' כתבו וז"ל לעניננו ומיירי שלא נתני לבכורת בנו ולב"ח לגמרי דא"כ הוו בעלים ולא שומר אלא אפותיקי בעלמא עשה להם שאם לא יפרע עד יום פ' שיהא קנוי להם עכ"ל הנלרך לנו. הנה ממ"ש דא"כ הוו בעלים זה מורה באלבע שכל שנתנן לבכורת בנו או לב"ח לגמרי דחשיבא נתינה מעליא ובנו פדוי ונפטר מחובו ממה שכתבו דהוו בעלים וזה ברור דכונת התו' דאי אין בנו פדוי ולא נפטר מחובו מה שייך לקריתם בעלים אלא ודאי כדכתיבנא, ואל תשיבני מההיא דפסק הר"מ פ"ה מגניבה דין ו' דגנב ופרע בחובו וכו' אין בזה תקנת השוק והיא מסכנת הש"ס בהגוזל בתרא דף קט"ו יע"ש. דאלמא דאין חשוב פרעון הא ראיה דלא עשו תקנת השוק ופסקו מרן בח"מ סי' שנ"ו. דאיכא למימר דאה"נ דלא עשו תקנת השוק, אבל מ"מ כל זמן שלא ידעו בעליו מהגניבה שפיר הוי פרעון והמלוה

אומדין דעתו שאלאת בו כתנו דאם לא כן לאאי יהביה ניהליה, אבל בנדון זה מסתמא בקש ממנו טבעת להשאיל לו לצורך קידושין והוי כאילו השאילו שורו ונתן לו רשות להקדישו דהוי קדוש עכ"ל.

ומעתה חוזר אני לנ"ד שהשאילה לו חמותו האזור לפדות בו בנו דהו"ל כאילו השאילו שורו ונתן לו רשות להקדישו דהוי קדוש, הכי נמי דכוותה דהשאילתו האזור לפדות בו בנו דפשיטה דבנו פדוי וחשיבא נתינה אלימתא. או לפחות יהא מתנה ע"מ להחזיר ושמה מתנה ולדעת הרא"ש דס"ל דחזרת דמים הוי חזרה הכא נמי יחזיר ראובן לחמותו שיווי דמי האזור וחזרת דמים הוי חזרה והרי מצינו להרא"ש פ' כל הבשר שכתב וז"ל השואל טלית מצויצת אדעתא דהכי השאיל לו שיברך עליה ואם אי אפשר לו לברך אלא א"כ תהיה שלו הוי כאילו נותנו לו במתנה ע"מ להחזיר מידי דהוי אשואל חלוק ומת לו מת וכו' יע"ש. אף הכא נמי בנ"ד אי לא מהני שאלה חשבינן ליה כאילו נתנתו לו במתנה ע"מ להחזיר ובנו פדוי ואפי' לס' הרב בני יעקב הנז"ל נ"ל דכל כה"ג אזיל ומודה דנתינה אלימתא היא ובנו פדוי לכ"ע ככ"ל להלכה והדברי ראובן בזה לדקו לענין דינא.

אך מה שיש לדון בנ"ד הוא על אודות שהאזור הלז לא היה של חמותו רק שאול הוא אתה שהשאילתו ליפות בו את הולד ביום הפדיון לכבוד ולתפארת, ולא השאילתו זולתי לנוי בעלמא ולא לדבר אחר ונמצא זו שהשאילתו לראובן חתנה לפדות בו בנו הוי שואל שלא מדעת דגזלן הוי, וכיון שכן מפאת זה ראוי לתור ולדעת אי בנו פדוי או לא, ולכאורה היה נראה דאף מפאת זה בנו פדוי דאף אם נאמר דהוי שואל שלא מדעת מ"מ היה נר' לדמותו להא שפסקו גדולי המורים דמותר ליטול טלית חבירו שלא מדעתו ולברך עליה מטעם דניחא ליה לאינים למיעבד מצוה בממוניה וכן הסכימו התו' והרא"ש ז"ל פ' כל הבשר והסמ"ק והנ"י ורבינו ירוחם כאשר הובאו האנשים האלה ביתה יוסף א"ח סי' י"ד ולא חשיב שואל שלא מדעת הואיל והוי דבר מצוה. אלא שראיתי להרב מגן דוד ז"ל בסי' הנז' ס"ק ה' העלה לאסור במתעטף שלא מדעת חבירו. גם הנ"י הגם דבה' ציצית כתב וז"ל ובמקום שנהגו להניח טליתותיהם בב"ה אם בא אדם להתעטף וכו' מותר ולא חשיב שואל שלא מדעת כיון דליכא הכא חשש כילוי קרנא ניחא ליה לאינים וכו', מ"מ הנ"י גופיה בפ' המוכר את הספינה כתב הפך מזה דף כ"ה אמתני' דהשילא בנו אלל החנוני וכו' כתב ז"ל אמר המחבר וכיון דקי"ל כרבנן דקאמרי שואל שלא מדעת גזלן הוי היה נראה שאסור להניח תפלין של חבירו שלא מדעתו או להתעטף בטליתו שלא מדעתו אבל מורי נר"ו אמר דבדבר מצוה שאני דניחא ליה לאינים וכו', ותמהני על פסק זה של רבותינו דבהדיא אמרינן סוף פ' אלו מציאות מצא תפילין וכו' יע"ש הרי שחלק על סברת רבותינו ונמצא סותר עלמו למ"ש בה' ציצית להתיר כמז"ל.

ואני בעניי בפסק אחר שכתבתי בענין חנוכה הארכתי בפרט זה והעלתי דבהא מלתא דניחא ליה לאינים ארבע דיעות בדבר דלדעת המרדכי במציאה נר' דס"ל דלא נאמר הך טעמא אלא בחמץ אבל בעלמא לא, אי נמי היינו דוקא מדעתו אבל שלא מדעתו לא אמרינן ניחא ליה וכו' ולדעת הנ"י דוקא היכא דלא כליא קרנא אבל היכא דכליא קרנא כגון ס"ת לא אמרינן ניחא ליה לאינים, ולדעת הרב הפוסק שהביא בשער אפרים סי' ב' דוקא כשהוא בעלמו עושה המצוה אמרינן ניחא ליה וכו' אבל במצוה הנעשית ע"י אחרים לא, ולדידי חילוק הרב הפוסק דחיתיו מעיקרו ככתוב בפסק הנז'.

ואני עני ואביון חילקתי חילוק אחר דדוקא בטליתות המונחים בבית הכנסת הוא דאמרינן ניחא ליה לאינים משום דאיכא אומדן דעת דניחא ליה ממה שהניחו שם הא לאו הכי לא כאשר הארכתי בכל זה בפסק הנז' באורך וברוחב.

ומעתה הנך רואה דלפי כל החילוקים הללו לא שייך בנ"ד לומר טעמא דניחא ליה לאינים ופשיטא דאינו פדוי דלא מבעיא לסברת המרדכי דס"ל דדוקא בענין חמץ אתמר כן. וגם לחילוקו הב' שכתב דדוקא מדעתו הוא דאמרינן ניחא ליה אבל שלא מדעתו לא ולפי זה הרואה יראה דבנ"ד דהוי שלא מדעתו ודאי דלא יצא, וגם לדברי הנ"י היכא דכליא קרנא ס"ל דלא אמרינן ניחא ליה וא"כ בנ"ד שהאזור נותנו לכהן בעד החמש סלעים אין לך כליא קרנא גדול מזה ובודאי דלא נפיק, ומכ"ש אם נודה לחילוק הרב הפוסק שהובא בשער אפרים דהכא הואיל והמצוה נעשית ע"י אחרים ודאי דלא נפיק בה, גם לחילוקי שחילקתי הוי כמו כן. וא"כ מכל הלדדין הדבר פשוט דבנ"ד אין לומר הך טעמא דניחא ליה לאינים, וא"כ הוי שואל שלא מדעת דגזלן הוי ואין בנו פדוי, וכיון דמשום לתא דגזל אתינא עלה נר' דלא נפיק י"ח. שהרי ברים פ' לולב הגזול אמרינן עלה בש"ס קא פסיק ותני ל"ש בי"ט ראשון ל"ש בי"ט ב' בשלמא י"ט א' דכתיב לכם משלכם אלא בי"ט שני מ"ט אמר ר' יוחנן משום רשב"י משום דהו"ל מצוה הבאה בעבירה, והתו' שם ד"ה משום דהו"ל מצוה הבאה בעבירה כתבו דבלאו לכם נפקא לן גזול משום מצוה הבאה בעבירה דאע"ג דקרא גבי קרבן כתיב ה"ה בכל מצוה דאוריתא. כדמוכח ברים הגוזל קמא גבי הרי שגזל סאה חטים וכו' דאין זה מברך אלא מנאץ ע"כ יע"ש, וא"כ גם בנ"ד הואיל והוי מצוה הבאה בעבירה יש לדון דלא יצא י"ח ואין לומר דהא דפסלי גזול משום מצוה הבאה בעבירה היינו לכתחילה אמנם בדיעבד מאחר שכבר עשה המצוה כשר. הא ליתא דכל היכא דפסלינן משום מצוה הבאה בעבירה אף בשכבר עשה המצוה לא נפיק י"ח וראיה לדבר ממ"ש הר"מ פ"ו מה' חמץ דין ז' אין אדם יוצא י"ח באכילת מצה שהיא אסורה לו וכו' כגון שאכל טבל וכו' או שגזלה וכתב הרב המגיד דנפקא מהירושלמי יע"ש. הרי שפסק דאפי' בדיעבד לא יצא.

אבן עם כל זה נראה לדון בנ"ד שכבר נעשית המצוה דבדיעבד בנו פדוי דאיברא דבגזל ממש כן הדין דמפסיל אף בדיעבד משום מצוה הבאה בעבירה אכן בנ"ד מאחר דטעמא הוי משום שואל שלא מדעת דגזלן הוי דיינו לומר דלכתחילה אסור לצאת בה, אכן בדיעבד נר' דנפיק בה דלא אלים כ"כ כגזל ממש לומר דאפי' בדיעבד לא יצא, וטעמא דמלתא דבשלמא בגזל ממש שהיא עבירה בידו הא ראיה דפסול הוא לעדות הא ודאי דשפיר אמרינן דלא יצא י"ח משום מצוה הבאה בעבירה. אכן בהא דשואל שלא מדעת איברא דאמרינן דגזלן הוי אבל מ"מ לא הוי ממש גזלן ולא מיפסיל לעדות ע"י זה וכמ"ש הש"ך בח"מ סי' שנ"ט ס"ק ה' שהוכיח שכן עיקר להלכה וכמ"ש מרן הב"י בבדק הבית בח"מ סי' ל"ד יע"ש. דמ"ש שואל שלא מדעת גזלן הוי היינו לענין שמתחייב באחריות כגזלן, והכי מוכחי דברי הר"מ פ"ג מגזילה דין ט"ו וז"ל השואל שלא מדעת הבעלים הרי זה גזלן וכו' עד ונעשה ברשותו ונתחייב באונסיו עד שיחזירנו לבעלים ע"כ. הרי מבואר מזה דלהא מלתא הוא דהוי גזלן אבל אינו גזלן גמור לענין פיסול עדות והואיל וכן אית לן למימר מסתיין לומר דלכתחילה אסור משום מצוה הבאה בעבירה, אבל בדיעבד כבר יצא י"ח הואיל ולאו גזלן ממש מיקרי.

ותו נ"ל דאפי' דנימא דהוי גזלן ממש אפ"ה אית לן למימר ולפלוגי בין מצוה למצוה דבמצוה שנעשית ע"י עלמו כגון טלית ותפילין ודומיהן ודאי דמיפסיל משום

מצוה

למימר וליטעמיך וכו'. מ"מ אין דעתי נוחה בזה כלל חדא דהתו' שם בהניזקין על הא דבעי הש"ס איבעיא להו לר' חנינא קלובין וכתובין בעי כתבו שם ד"ה ר"ח כתובין וקלובין בעי א"ל לא מיבעיא ליה אי קלובין וכתובין בעי או לאו, וכפי הנראה דכונתם לומר דפשיטא דלר"ל בכתובין לחוד תליא מילתא. ועיין בס' המזהיר מה שפי' בכונתם. ותו דאם נאמר דר"ל ור"י תרתי בעו קלובין וכתובין א"כ כד בעי תלמודא לר' חנינא קלובין וכתובין בעי או לא, תפשוט דקלובין לחוד קאמר דאי נימא דתרויהו בעי א"כ היינו ר"ל ור"י ובמאי פליגי ומדלא פשיט תלמודא מזה עכ"ל דר"ל ור"י כתובין דוקא בעו ולהכי קמיבעיא ליה שפיר לר' חנינא אי בעי' תרויהו, וראיתי מי שפי' בכונת דברי התו' שהבאתי דמ"ש אר"ל לא מבעיא אי קלובין וכתובין בעי פי' דפשיטא דלר"ל קלובין וכתובין תרויהו בעי, ולדידי הא ודאי בורכא דא"כ מאי בעי לר' חנינא אי תרויהו בעי תפשוט דע"כ קלובין דוקא קאמר דאי תרתי בעי היינו ס' ר"ל ומאי ביניהו ככתוב לעיל, אלא ודאי דהאומר זה אינו אלא טועה ושגה ברואה וזה פשוט. וא"כ הדרא תמיהתין על מרן ז"ל וה"ה ז"ל במ"ש דהוה מצי למימר וליטעמיך, ועוד ראיה דר"י ס"ל דכתובין דוקא בעינן מהא דפריך שם בהניזקין לר"ח ת"ש מי שמת והניח שתי בנות וכו' אמר ר"י שניה ויתרה וכו' עד והא פרנסה דמיקן קילא מיכתב לא כתיבא וקא מוליאה ומשני יע"ש, משמע דטעמא דר"י דאמר שניה ויתרה היינו משום דהגם דמיקן קיילא מ"מ לא כתיבא והכל תלוי בכתיבה, והגם דבפ' מליאת האשה משמע דקיבלה מיניה, מ"מ הרי התו' שם ד"ה אמר ר' חנינא וכו' העלו דאינו אלא דחויא יע"ש. באופן דר"י כתובין דיקא בעי וקלובין אינו מעלה ואינו מוריד, וא"כ דברי מרן וה"ה לכאורה שגבו ממני, איך שיהיה האי וליטעמיך ניחא גבי כתובין כאמור לעיל ועפ"י זה אשכחנא ישוב לתמיהת הגד"ת בשער ס"ד כאשר הארכנו לעיל. עוד אניף ידי בדין זה של הר"מ בההיא דה' מכירה במתחייב לחבירו בדבר שאינו חייב שהעלה הר"מ דחייב בא' מג' פנים ואפי' דליכא קנין, והלחם משנה הרבה לתמוה עליו ועורף תמיהתו היא דמהש"ס נר' דהך דינא שוה לערב היוצא לאחר חיתום שטרות, וא"כ לדעת רבינו ריש פכ"ה מה' מלוה שכתב דערב היוצא לאחר חיתום שטרות לא משתעבד אלא בקנין א"כ גם כאן הי"ל לומר דלא מהני אלא בקנין יע"ש שהניח הדבר בתימה. ולעד"ן להלין לזה דאיברא דלפי אוקמתא הש"ס דפ' הנושא דמוקי לר' יוחנן דס"ל כר' ישמעאל דאמר דערב היוצא לאחר חיתום שטרות דגבי מבני חרי ודאי דלפי הך סוגיא הכי משמע דתרויהו חד דינא אית להו. מיהו ס"ל לרבינו דלפי מסקנת הש"ס בסוף פ' מי שמת דאסיקנא והלכתא בכולהו בעי קנין ואפי' בערב היוצא לאחר חיתים שטרות לפי זה ליכא למיתלי הא בהא דאיכא למימר דשאני התם גבי ערב דאיכא קנין והלכך לא אתי ר' יוחנן כר' ישמעאל משום דאיהו ס"ל דאפי' בלי קנין מיחייב ולכן רבינו בההיא דערב פסק כר' ישמעאל דהלכתא כותיה כדאיפסיקא הלכתא בש"ס פ' מי שמת. ודחה הך סוגיא דכתובות מכח הסוגיא דמי שמת ובזה עלו ובאו שני פסקי הר"מ על נכון דהכא פסק כר' יוחנן. ולענין ערב פסק כמסקנת הש"ס דמי שמת דבעי קנין. ודבר זה נלמד מדברי הרב המגיד פ' כ"ז מה' מלוה דין א' יע"ש, ומ"ש הר"מ בה' מכירה חייב כמו שישתעבד הערב עיין בסמ"ע סי' מ' מה שפי' ודוק, כנלע"ד בישוב דברי הר"מ.

היוצא מן המחובר דבמחייב עלמו לחבירו מתחייב באומר חייב אני לך מנה בשטר, וכפי ה הדר! למאי דאתינא עלה בההיא דמנה אין כאן משכון אין כאן [לפי'] הרא"ש והראב"ד שכתבו דטעמא הוי משום דמחייב עלמו בדבר שאינו חייב ולהכי הלריכו קנין או שיזכה לו בגוף המשכון. א"כ הוא הדין בכתב לה שטר דמהני גבי קידושין דהרי באומר חייב אני לך מנה בשטר לדעת הר"מ מהני אפי' בלי כתיבת שטר כ"ש בכתב לו כן בשטר דמהני וא"כ הרי דינו של הרב בני יעקב שהעלה דגבי פדיון לא מהני משכון חזר לתוקפו דאין ללמוד פדיון מקידושין.

האמנם לעד"ן דהגם דבמשכון לא מהני גבי פדיון משום דבעינן נתינה אלימתא מ"מ יודה הרב ז"ל דבמשאיל חפץ לחבירו לפדות בו בנו דמהני דומיה דקידושין שכתב הרא"ש בסי' הנז"ל בפתח השער וז"ל אבל השאילו לקדש בו אשה נ"ל דהוו קידושין גמורים וכו' אנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל קידושין וכו' ולכל הפחות יהיה מתנה ע"מ להחזיר והויא מקודשת ויקנהו מן האשה או יחזיר דמיו וחזרת דמים הויא חזרה וכו' וגבי שור בפ' יש נוחלין נ"ל שאם אמר שור זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי והקדישו והחזיר לו דמיו ה"ז קדוש אעפ"י דקאמר לי כיון שהחזיר לו הדמים ויכול לקנות בדמים שור כיולא בזה קרינא ביה שפיר מידי דחזי ליה כי מה לי הוא מה לי דמיו עכ"ל, ואני הלעיר אקוד ואשתחוה מול פני תורת הרא"ש ז"ל על הוראתו זו שהורה גבי שור דהגם שאמר ע"מ שתחזירהו לי קדוש ע"י חזרת דמים, ולע"ד לא ידענא מהיכן למד כן הרא"ש ז"ל דהלא בש"ס פ' יש נוחלין דף קל"ז אמימרא דרב נחמן דאמר שור זה נתון לך וכו' אמר ר' אשי עלה חזינן אי אמר ע"מ שתחזירהו הא אהדרינהו ע"מ שתחזירהו לי הא לא חזי ליה ע"כ, ואם איתא לדינו של הרא"ש הו"ל לרב אשי לאפלוגי בע"מ שתחזירהו לי דאם החזיר לו דמים הוי חזרה ואי לא לא מהני, אלא ודאי מדלא מפליג בהכי איכא למימר דכל שאמר ע"מ שתחזירהו לי לא הוי חזרה כלל ואפי' שהחזיר לו דמים הפך דינו של הרא"ש. והרי הר"מ פ"ג מה' זכיה הביא דברי רב אשי כלורתן ולא גילה לנו בחזר לו דמים מאי דינו אלמא דלגמרי כל שאמר לי ס"ל דלא הויא חזרה ואם איתא הו"ל להשמיענו דין זה, גם רבינו יעקב בעל הטורים בח"מ סי' רמ"א הביא דין הש"ס בלורתו ולא השמיענו דין זה דחזרת דמים ודבר ידוע אללינו כי כל הוראותיו הם עפ"י פסקי אביו הרא"ש ז"ל ומדוע כאן לא הורה דחזרת דמים הוי חזרה אלא ודאי דנראה דחלוק הוא עם סברת אביו בזה ולהכי השמיטה ודחאה מהלכה מטעמא דכתיבנא, זאת לא זאת דשם בש"ס אמרו אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי החזירו יצא לא החזירו לא יצא, ואם איתא לדינו של הרא"ש אמאי קא פסיק ותני דאם לא החזירו לא יצא הא משכחת לה דלא יחזירנו ויצא והוא ע"י חזרת דמים. אלא ודאי זה מורה דהואיל ואמר ע"מ שתחזירהו לי איהו גופיה קאמר אבל חזרת דמים לא מהני, ואיברא דבאתרוג הלא מוהר"א ששון בתשו' סי' ס"ג תמה על הטור בא"ח דפסק דאף בשחזיר לו דמים לא מהני שזה הפך דעת אביו הרא"ש יע"ש. ואני הלעיר בספרי שהדפסתי ס' פרי הארץ אא"ה סי' ד' הארכתי בפרט זה כאשר יראה הרואה לשם.

איך שיהיה הרא"ש ז"ל בתשו' הנז"ל העלה דבשאל לו כלי לקדש לו אשה דמקודשת וטעמה הוי משום שדעתו ליתנו לו בכל יפוי כח שבעולם ואם לא יועיל בו לשון שאלה לפחות הוי מתנה ע"מ להחזיר דאל"ה למאי יהביה ניהליה והביא ראיה מההיא דפ' יש נוחלין בענין אתרוג דאמרינן דאי לאו נפיק ביה למאי יהביה ניהליה, ובנדון זה נמי כיון שמסרו בידו כדי לקדש בו אשה אם לא יועילו הקידושין למאי יהביה ניהליה, עוד סיים וז"ל ועוד קו' דבאתרוג לא פירש שנתנו לו ללאת אלא שאנו אומדין

כי הנה הורלת רבותיו שהורו דבדבר שאינו קצוב אף בקנו מידו לא מהני, דבר זה תלוי בסוגיא דהניזקין דף נ' שהזכרתי לעיל דאיפליגו ר"ל ור"י עם ר' חנינא בהסיא דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות וכו' מנכסים משועבדים דאמרינן עלה דר"ל ור' יוחנן טעמא דידהו הוי מפני שאינם כתובים והכל תלוי בשטר; אמנם ר' חנינא אמר לפי שאינם קצובים ואסיקנא דתנאי היא וריב"א אמר לפי שאינם קצובים, והר"מ פכ"א מה' מלוה ולוה הכריע דעתו לפסוק בכולם כסברת ר"י בר חנינא דטעמא הוי לפי שאין קצובין שכן כתב שם בהדיא ז"ל שאלו דברים שאין להם קצבה. וכתב עליו ה"ה ז"ל שדעתו לפסוק כריב"א עיין עליו, גם הש"ך בח"מ סי' ס' ס"ק י"ב בפסקא המתחלת ונראה טעם לדברי הר"מ האריך להביא ראיות לטעמו של הר"מ דפסק כר"י ב"א ועשה לו סמוכות יע"ש באורך וברוחב, עם כי יש לי רב לשאת ולתת בדברי הש"ך אין כאן מקומי, מ"מ אגלה טפח לקמן קט מזער מה שיש לי לדון עליו בס"ד, איך שיהיה דעת רבינו לפסוק כריב"א כמ"ש ה"ה שם בה' מלוה כנז', אלא דיש לי לדקדק עליו דהא בהניזקין דף נ"א אסיקנא תנאי היא דתניא אין מוציאין לאכילת פירות וכו' מפני תיקון העולם אמרינן וכי מה תיקון העולם יש בזה והלא אין קצובין, ועיין שם בפירש"י דמתבאר מדבריו דלריב"א אינו מפני תיקון העולם אלא מדינא מפני שאין קצובין, וא"כ יש לדקדק לדעת רבינו שפוסק בה' מלוה כריב"א מפני שאין קצובין אמאי קאמר מפני תיקון העולם הלא לריב"א מדינא הוא ואמאי נקט רבינו טעם דתיקון העולם, ודקדוק זה נקל הוא בעיני עפ"י מ"ש התוס' שם ד"ה וכי מה תיקון העולם יש בזה שדחו פירש"י ולפירושם אף לריב"א בעי הא דתיקון העולם יע"ש, ודעת רבינו כשיטת התו' וזה ברור לע"ד. כלל העולה שדעתו ז"ל לפסוק כריב"א טעמא דקצובין והרואה יראה שם בהך סוגיא דפריך ממתני' דתנן מתו בנותיהן ניזונות וכו' ופירש"י אלמא כיון דקיילו ה' שנים אע"ג דלא כתיבא טרפא ממשעבדי כרבי חנינא וקשיא לעולא ע"כ, ומשני בשקנו מידו ע"כ. מוכח מזה דהך שינויא דבשקנו מידו מהני אינו אלא לדעת עולא דבעי' כתובין, אבל לריב"א דבעו קצובין איכא למימר דלא מהני קנין כל שאינן קצובין דהכל תלוי בקצובין אי קציבי בלי קנין מהני ואי לא קציב אף בקנין לא מהני, ועפ"י זה נ"ל דמכאן הורו רבותיו של רבינו דבמתחייב בדבר שאינו קצוב אף בקנין לא מהני, משום דס"ל כר' חנינא דקצובין בעינן ולדעתו כל היכא שאינו קצוב אף בקנין לא מהני כאמור.

אמנם אכתי אין דעתי נוחה דמוכרח הדבר הוא בדעת רבינו לפרש דהך אוקמתא דמשני בשקנו מידו גם לר' חנינא איתמר ודלא כפירש"י כאשר אבאר, והוא דאם איתא דרבינו ס"ל כפירש"י ז"ל נמצא דעיקר הקושיא אינה אלא לעולא ושינויא דקנו מידו אליביה אתמר.

אבל לדעת ר' חנינא מלבד שאין קושיא ממתני' אלא אדרבה היא סייעתא דטעמא דהכא גובא ממשעבדי היינו משום דה' שנים קיילי, א"כ יקשה לדעת רבינו פכ"ג מה' אישות דין י"ח גבי מזונות הבת כתב מתו אלו שפסקו לזון אותה אם קנו מידו או שחייב עצמו בשטר כב"א בשטר וכו' יע"ש. ואם איתא דס"ל כפירש"י אמאי בעי קנין הא הואיל וקצב זמן למזונותיה מיקרי קצובין, ולדעת ר' חנינא כל היכא דקציבי לא בעי קנין ואמאי הצריך רבינו קנין והא הך אוקמתא דבשקנו מידו אינה אלא לעולא אבל לר' חנינא בלי קנין נמי מהני הואיל וקציבי לפי פירש"י ז"ל, וכן כתבו התו' בהדיא בפ' הנושא דף ק"ב ע"ב ד"ה הב"ע בשקנו מידו ז"ל ולפי מאי דמשמע בגיטין דלמאן דלא בעי אלא קצובין אתי שפיר הך דהיא ניזונית מנכסים משועבדים לפי' דלא קנו מידי עכ"ל יע"ש. אלא ודאי דרבינו לא ס"ל כפירש"י אלא דהך דמותבינן בפ' הניזקין מהך מתני' דמתו וכו' ומוקמינן לה בשקנו מידו הך תיובתא ושינויא אתרוייהו קאי בין לעולא ובין לר' חנינא, והיינו משום דאיהו ס"ל דקצבת ה' שנים לא מיקרי קצובין דכל שהמזונות לא קצב להם סך מסויים קצבת השנים לא מיקרי קצובין וכמ"ש להדיא בה' מכירה דאף דחייב עצמו לזונו ה' שנים לא הוי דבר קצוב הואיל ולא קצב כך וכך למזונות וא"כ הך תיובתא גם לר' חנינא דבעי קצובין אתיא דפריך ליה מהא מתני' דהיא ניזונית ממשעבדי משמע דאף שאין המזונות קצובין הואיל והשנים קצובות מהני ואילו ר"ח דקאמר שאינם קצובין משמע דבעי' דגם המזונות יהו קצובין ולהכי פריך לה ממתני'. וגם לעולא דבעי כתובין קשיא נמי מהך מתניתין ואתרויהו פריך ומשני בשקנו מידו דבין עולא בין ר' חנינא תרוייהו ס"ל דקנין מהני למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה וזה דבר ברור ומוכרח ליאמר בדעת הר"מ ז"ל וכן כתב ה"ה ז"ל פכ"ג דה' אישות בהך דינא הנז"ל דפסק כאוקמתא דמשנו בשקנו מידו יע"ש וכונתו ברורה כדכתיבנא, שוב מצאתי כדברי בס' גד"ת דף שמ"ו ע"א יע"ש. אמור מעתה דמאחר דס"ל דבקנין מהני אף בדבר שאינו קצוב א"כ ההיא דה' מכירה שכתב דבדבר שאינו קצוב לא מהני לדעת רבותיו מנ"ל זה דאדרבא מהך סוגיא מוכח דע"י קנין מהני ואמטו להכי כתב ה"ה ז"ל דלא ידע ראיה להוראת רבוהיו, וכבר מרן בכ"מ שם בפכ"ג דאישות דין י"ז האריך ליישב דעת רבותיו ודברי רבינו יע"ש. ובע"ה אפנה ואשנה את דבריו לבארם היטב בס"ד.

אכן דברי ה"ה שם בה' מכירה במ"ש ולימא ר"ל וליטעמיך דבר שאינו קצוב וכו' יע"ש. וכיוצא בזה כתב מרן בכ"מ פכ"ג דאישות ז"ל וה"מ למימר ר"ל וליטעמיך דבר שאינו קצוב הוא וכו' יע"ש. ולכאורה לא זכיתי להבין דעת קדושים שני שרי צבאות ישראל ה"ה ומרן ז"ל דהלא תלמוד ערוך בידינו בהניזקין ד"ן ע"ב דבין ר"י ובין ר"ל תרויהו ס"ל לטעמא שאינם כתובים ולדידהו הכל תלוי באי כתיבי או לא דבמידי דכתיבי אף דלא קיילי מהני, ואי לא כתיבי אף דקיילי לא, וא"כ היכי הוה מצי למימר ליה ר"ל לר"י וליטעמיך דבר שאינו קצוב הוא. הא לר' יוחנן אף דאינו קצוב מהני ע"י כתיבה, ובשלמא אי הוה אמר ליה וליטעמיך דבר שאינו כתוב הוא לפי פי' הר"מ הנז"ל ניחא דשייך לומר וליטעמיך דמאחר שאינו כתוב אלא ע"פ הא ר"י ס"ל דכתובין בעי. אבל על שאינו קצוב לא שייך וליטעמיך מאחר דאיהו ס"ל איפכא, ואם נאמר דמאי דנקטי ר"י ור"ל לפי שאינם כתובים לאו למימרא דבכתובים לחוד מהני אלא דתרוויהו בעו כתובים וקצובים ומאי דנקטי לפי שאינם כתובים פי' דמלבד דאינם קצובים אלא אף אינם כתובים ונמצא דגם ר"י ור"ל בעינן קצובים ג"כ, וראיה לזה מהירושלמי דפ' הניזקין עלה דאין מוציאין לאכילת פירות וכו' אמרינן אמר ר' חנינא מפני שאין להם קצבה ע"כ. והש"ך בסי' ס' ס"ק י"ב פסקא המתחלת ונראה טעם וכו' הביא הירושלמי הנז' וכתב הרי דר' יוחנן גופיה שחבר הירושלמי לא הביא רק דברי ר"ת ע"כ, ולכאורה לע"ד אין ראיה זו של הש"ך מכרעת דאיך אפשר דר' יוחנן סובר כר' חנינא. והלא הש"ס שלנו הפך מזה בהניזקין דקאמר ר' יוחנן להדיא לפי שאינן כתובין ואיך אפשר שהוא יחלוק על דברי עצמו. באופן דלדידי לא מכרעה מלתא מהך ירושלמי כלל להביא ממנו ראיה דר' יוחנן סובר לטעמו דר' חנינא, מ"מ אהני לן הך ירושלמי ודברי הש"ך לומר דר"י תרויהו בעי כתובין וקצובין וכדקאמר בש"ס דילן והירושלמי, וא"כ יש לומר דגם מרן וה"ה כ"ל הכי ואמטו להכי אמרי דהוה מצי למימר

לא מהני לפדיון, ה"ה כמי למשכון דלא מהני, דלפי מאי דכתיבנא בכתב בשטר לא מהני לקידושין וגמלא דפדיון וקידושין שוין לענין זה .

ובבן חזר הדין דבענין משכון דמהני בקידושין במזכה לה בגוף החפץ ה"ה לפדיון כמי דמהני בכה"ג דאין חילוק ביניהם, ובבן לכאורה חלוק אני עליו בעיקר דינו דאכתי אין ראיתו מספקת לדון דמשכון לא מהני בפדיון הבן.

אבן הדרי בי ואי גברא רבה אמר מלתא מי אני לחלוק עליו ומה גם כי יש לו רב והוא כמוהר"י אלפאנדרי ז"ל אשר הוא שר המסכי"ם דבמשכון אין בנו פדוי והגם שראיתו דחויה היא כאשר דחאה כמוהר"י ששון כאשר יר' הרואה מ"מ ראית תלמידו הוא הרא"ש כמוהר"י ששון שבתי וראה דתקיפא טובא. והוא דאיברא שהרב המפ"ה העלה דבשטר לא מהני לענין קידושין כנז"ל, מ"מ הרי הרב בני יעקב דף ק"ב ע"ב קרא עליה תגר ודחאה בשתי ידים דפסק תרתי דסתרן אהדדי והאריכה עיון כאשר יראה הרואה לשם ורואה אנכי כי בדבר הזה קדמו שרים ותמהו על הרב המפ"ה הוא הרב חלקת מחוקק א"ה סי' כ"ט. גם בס' בית שמואל סי' הנז' ס"ק ח' חלק עליו וכתב דבשטר מקודשת ושכן כתב בשלטי הגבורים פ"ק דקידושין ודלא כדעת הרב המפ"ה. ומעתה חזרה ראית הרב הנז' בתקפה וכחה נחון ועושה דין דכי היכי דבכתב בשטר אף דלענין קידושין מהני בפדיון לא מהני משום דבעינן נתינה אלימתא ה"ה והוא הטעם למשכון דלא מהני בפדיון מהך טעמא גופא ושפיר, ולענין, בכתב לה בשטר דמהני לענין קידושין לדעת הרא"ש והראב"ד כמ"ש משם המורים הנז' הגם שדבריהם אינם צריכין חיזוק, מ"מ אתינא כיהודא ועוד לקרא ואומר שדבריהם יש להם על מה שיסמוכו דהא הרואה יראה דברי הראב"ד והרא"ש ז"ל בההיא דמנה אין כאן משכון אין כאן שכתבו דטעמא הוי שאין משכון חל ומשתעבד אלא בשקדם חיוב הממון שלוה ממנו או שנתחייב לו בקנין כראוי דהשתא מקנה ממון לשעבוד אותו חיוב אבל בדבר שלא נתחייב עדין היאך יחול שעבוד על נכסיו הרי לא נתחייב ואמטו להכי אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן אם לא שנתחייב בקנין או שזיכה בגוף המשכון זהו תורף דברי הראב"ד והרא"ש יע"ש, והואיל וטעמא דידהו הוי משום שלא נתחייב עדין, הרי מלינו הלכה רווחת פסקא הר"מ פי"א מה' מכירה ומרן בשולחנו ח"מ סי' מ' דהמחייב עצמו לאחר אעפ"י שלא היה חייב לו כלום דכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אעפ"י שאין שם עדים דחייב וכתב ה"ה ז"ל דמ"מ בעינן שימסור לו השטר בעדים אי נמי כגון שהיה השטר בכתב ידו של מתחייב אף דמסרו בינו לבינו מיחייב וגובה מב"ח יע"ש, ונפקא ליה מהסוגיא דפ' הנושא וכדעת ר' יוחנן והוא מפרשה בבא להתחייב בדבר שאינו חייב וכן מפרשא הרמב"ן והרשב"א ז"ל, וגם דיש חילוק ביניהם דלדעת הרמב"ן לא מהני אלא דוקא בכתב לו שטר וכן דעת הרשב"א אבל באמירה בעלמא בפני עדים לא מהני לדעתם אבל דעת הר"מ הוא דמהני, ולדעת רש"י שיטה אחרת דמוקי לה במודה בדבר שחייב לו ככר כאשר מתבאר כל זה באורך וברוחב בדברי הרב המגיד ומרן ז"ל .

ואת זה חזיתי להרב גד"ת בשער ס"ד חלק ד' שתמה על דברי הר"מ שכתב דבאומר חייב אני לך בשטר דמהני מבלי כתיבת שטר ומבלי שיאמר הוו עלי עדים, ועל זה תמה וז"ל וקשה לי על פי' זה דהרמב"ם ז"ל מדאקשי' לר"ל תנן הנושא את האשה וכו' מאי לאו כה"ג מדקאמר מאי לאו כה"ג משמע דהמקשן הבין דמתני' ממש איירי כההיא דר' יוחנן באמר בפיו בפני עדים אני חייב לזון את בת אשתי בשטר וכו' וזה תימה דא"כ היאך מלא ידיו ורגליו במאי דקתני או מתו בנותיהן ניזונות מנכסים ב"ח והיא ניזונת מנכסים משועבדים ואמאי תטרוף מן הלקוחות הא כיון דליכא שטרא ליכא קלא זהו תורף תמיהתו ונדחק ליישב בדוחק יע"ש. ואנכי הרואה דמעין תירוץ הרב ז"ל נלמד מדברי התוספות שם ד"ה חייב לזונה ה' שנים וכו' עד ואע"ג דלא הוי שטר גמור גבי ממשעבדי דאית ליה קלא, ככר' דהתוס' ז"ל כרגשו מתמיהת הרב ז"ל וישבוה באומרם דאית ליה קלא, אלא דגם דברי התוספות לכאורה אין לו מובן דמנ"ל לומר דאית ליה קלא דזה נר' כהלכתא בלא טעמא .

ואשר אני אחזה לי בישוב תמיהת הרב ז"ל עפ"י מה שמלינו בגיטין פ' הניזקין דף כ"ה שנחלקו ר"ל ור' יוחנן עם ר' חנינא דעולה אמר ר"ל מפני שאינן כתובין וכן דעת ר' יוחנן ודבי חנינה אמר מפני שאינן קלובין ואיבעיא לן לר"ח אי בעינן קלובין וכתובין או קלובין ואעפ"י שאינן כתובין ופירש"י ז"ל קלובין וכו' ואית ליה דמלוה ע"פ שהיא קלובה טרפה ממשעבדי ע"כ והתו' שם ד"ה או דילמא קלובין כתבו בשם ר"ת דהכא לא איירי במלוה אלא בשאר מילי דקלבה כגון פסק לזון את בתה ה' שנים דהו"ל כמכר יע"ש, עפ"י דבריהם אלו מתבארים דברי התו' פ' הנושא הנז"ל שהבאתי שכתב דאע"ג דלא הוי שטר גמור גבי ממשעבדי משום דהוי קלובין ודמי למכר ודבריהם עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר, וארחיב הדיבור קצת דכונת המקשה להקשות על ר"ל דאמאי פטר, הא מהך מתני' משמע דאפי' בכה"ג דליכא שטר חייב לזונה. וגם מסיפא קשיא לר"ל דקאמר דהיא ניזונית מנכסים משועבדים ואע"ג דליכא שטר והיינו ודאי מפני שהם קלובין כדעת ר' חנינא, וא"כ למה ר"ל קאמר מפני שאינן כתובין דבעינן דוקא כתובין הא מסיפא דמתניתין מוכח דבקלובין דוקא גביא ממשעבדי וקשיא לר"ל בתרתי בין מרישא בין מסיפא דמתני' זו היא כונת המקשה ומוקי לה בשטרי פסיקתא ככ"ל ביאור דעת המקשה לפי שיטת הר"מ להסיר תלונת הגד"ת הנ"ל מעליו ודוק, ולי הדיוט קשיא לי לפי פי' הר"מ מדאקשי' לר"ל מהך מתני' דממה שהקשה לר"ל ולא לר' יוחנן משמע דלר' יוחנן ניחא דמתני' מסייעו דקתני חייב לזונה ואע"ג דליכא שטרא מיחייב, ותיקשי ליה לר"י מסיפא דמתניתין דתנן היא ניזונת מנכסים משועבדים ואמאי טרפה מלקוחות הא כיון דליכא שטרא ליכא קלא, ואין לו' דסיפא שאני דמיירי בקלובין דהא ר"י ס"ל בהניזיקין כר"ל דבעינן דוקא כתובין, וא"כ הי"ל להקשות לר"י נמי מסיפא דמתני' דגם אליביה קשיא ומד וע לא הקשה אלא לר"ל .

ומצאתי קורת רוח בויתור תמיהא זו עפ"י מ"ש מרן בכ"מ פכ"ג מה' אישות דין י"ז עמ"ש הר"מ שם הנושא אשה ופסק עמה שיזון בתה וכו' הקשה מרן בכ"מ וז"ל איכא למידק דהא בש"ס לא אוקימנא האי מתני' בשטרי פסיקתא וכדרב גידל אלא לר"ל וכו' ומאחר דקיימא לן כר' יוחנן למה כתב רבינו אוקמתא דאוקימנא לבר פלוגתיה, וי"ל שרבינו סבור כרבותיו שהורו שאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קלוב וכו' וכיון שכן אפי' לר"י אית לן לאוקומי מתני' בשטרי פסיקתא וכו' והוה מצי למימר ר"ל ולטעמיך וכו' אלא דלא חש כדאשכחן בכמה דוכתי עכ"ל לעניננו, וכיוצא בזה כתב ה"ה ז"ל בפי"א מה' מכירה דין י"ו יע"ש, ומעתה אשכחנא לה פתרי לתמיהתנו דאה"כ דגם לר' יוחנן הי"ל למקשה להקשות עליו ממתני' אלא דלא חש, הואיל דהך אוקמתא דשטרי פסיקתא קיימא גם לדעת ר"י ובזה הותרה גם הקושיא דאיכא על ר"י ככ"ל ליישב אבל הרב המגיד שם בה' מכירה אחר שהליץ בעד הר"מ להסיר מעליו השגת הראב"ד סיים עליו אבל לדין המחבר ורבותיו איני יודע ראיה.

ואני הצעיר אדון לפני הרב המגיד בקרקע בדבריו אלו.

כי

שיסמוכו מתשו' הרא"ש הנז"ל, והגם שדחינוה מכח סברת כמוהר"י ששון הנז', מ"מ אינה דחיה כלל, ולמען יתבררו ויתלבנו הדברים על בוריין לריך אני להאריך קלת על דברי כמוהר"י ששון הנז' במה שיש לי לדון על דבריו בס"ד. זה ילא ראשונה במ"ש בדבריו שהזכרנו לעיל ז"ל ה"ה גבי משכון אם לא נתן לו חמש הסלעים בעין לא מהני ע"כ ודברים אלו מגומגמים בעיני דאם הדברים כפשוטן מוקשים לעין כל דהגם דמודה לו בחילוקו שחילק דגבי פדיון בעינן נתינה אלימתא. מ"מ זה שכתב דבעי' שיתן לו ה' סלעים בעין דמוכח מדבריו דכל שלא נתן ממש ה' סלעים אפי' שנתן לו שיווין לא מהני הא ודאי דברים תמוהים הם חדא דמנ"ל לרב כן ולא עוד אלא דנהפוך הוא דאשכחן להדיא דלא בעינן ממש חמש סלעים בעין ותלמיד ערוך בידינו פ"ק דקידושין בההוא גברא דאקדים בשיראי דהיפליגו רבה ורב יוסף דרב יוסף אמר לריכי שומא יאמר רבי יוסף מנא אמינא לה דתניא עגל זה וכו' עד כי הא דרב כהנא שקיל סודרא מפדיון הבן אמר ליה לדידי חזי לי חמש סלעים וכו' יע"ש וכן פסק הר"מ בפי"א מה' ביכורים נתן לו כלי שאינו שוה בשוק ה' סלעים וקבלו הכהן בה' סלעים הרי בנו פדוי.

ואיברא דבדברי הר"מ הללו תמה עליהם הר"ן ז"ל דלמה כתב סתם דבנו פדוי ולא חילק בין אם הוא אדם גדול או לא כמו שחילקו בש"ס והרבה ישובים נאמרו בזה כאשר יראה הרואה וכולהו שינויי דחיקי נינהו ויש לי ליישב אין כאן מקומו. מ"מ הרי מתבאר דלא בעי' ה' סלעים בעין וזו הלכה רווחת פסקא מרן בי"ד סי' ש"ה יע"ש וא"כ היאך קאמר דבעי מעות בעין, ולא עוד אלא דאם איתא דבפדיון הבן בעי' נתינה מעליא א"כ אמאי מהני כשקבלם הכהן עלויה בה' סלעים הא לא הוי נתינה מעליא. אלא ודאי עכ"ל דמ"ש הרב הנז' דבעינן מעות בעין הוא לאפוקי ממשכון אתא ולאו דוקא דה"ה דשוה כסף הרי הוא ככסף גם לענין פדיון וזה ברור. א"כ כ"ל דכונתו ז"ל הוא דדוקא גבי משכון הוא דלא מהני מה שנתן לו המשכון אם לא שיתן לו מעות בעין, אבל אה"נ דבשאר מילי שוה כסף הרי הוא ככסף כל שקבלו הכהן עילויה בה' סלעים חשיבא נתינה מעליא דלגבי דידיה שוה ה' סלעים כי הא דרב כהנא כנ"ל. והטעם דלגבי משכון לא סמכא דעתיה דכהן עילויה הואיל ובתורת משכון יהביה ניהליה אף דאמר לו קנה לך בו ה' סלעים כנגד פדיון בני מ"מ יודע הוא כי עתיד הוא ליטלו ממנו ולכן לא חשיב נתינה אם לא שיתן לו אח"כ חמש סלעים ממש מעות בעין אבל בשאר מילי חשיב נתינה כדבר האמור וזה ברור.

ברם בעיקר ראית הרב שהביא לדון דמשכון לא מהני לכאורה לא שמיע לי כלומר לא סבירה לי, דהנה הוקף ראיתו היא מההיא דכתב לכהן שאני חייב לו דאמרינן דדבר תורה לא מהני כל שלא נתן לו חמש סלעים. ואילו בקידושין לדעת הרא"ש והראב"ד בנתן לה משכון ואמר לה קני בגוף המשכון נגד קידושיך מהני, או שהקנה לה בקנין מהני ואמאי גבי פדיון אמרינן דאינו פדוי אלא לכשיתן וכתב דהרשב"א ז"ל הוקשה לו כן בשיטתו לקידושין. והנא הוא עבדא דסגידנא קמיה דיקר אוריתיה דהרשב"א גברא רבא חזינא ותיובתא לא חזינא דשנא ושנא, ושאני בההיא דקידושין דהא הקנה לה בקנין או בגוף המשכון. וכיון דאיכא קנין שחייב עלמו בקנין גמור ומכ"ש כשהקנה לה בגוף המשכון דהא ודאי חשיב לה נתינה מעליא ולדעתם ה"ה נמי דבפדיון כה"ג שהקנה לו בקנין או בגוף המשכון ודאי דחשיב נתינה מעליא. אלא דבההיא דכתב לכהן וכו' ליכא לא קנין ולא גוף המשכון אלא מילי בעלמא שכתב לו כן והלכך בכתיבה גרידא כה"ג פשיטא דלא חשיב נתינה כלל דמלי הדר ביה ולימא פטומי מילי בעלמא נינהו מאחר דליכא קנין בדבר, וכל כי הא גם בקידושין כ"ל ברור דסברי מרנן הרא"ש והראב"ד ז"ל דלא מהני אף בכתב לה בשטר דהואיל ולאו מידי קא יהיב לה וליכא חיוב בקנין הך שטרא חספא בעלמא הוא, וא"כ לע"ד לא חזינא תיובתא כלל דלדידי חזי לי דתרויהו שוין לענין דינא כדבר האמור.

אך מיהזא חזינא להרב בני יעקב דתפס במושלם דגבי קידושין דכתב לה בשטר הריני חייב ליך כך וכך בקידושיך דמהני, ומינה הוא תוקף ראיתו שכתב וז"ל ומעתה כבר נפשט ספק מורי הרב דכיון דבעי' נתינה אלימתא הא ודאי דמשכון לא מהני דכי היכי דלא מהני חיוב בשטר אע"ג דגבי קידושין מהני משום דבעי' נתינה אלימתא הוא הדין גבי משכון וכו' לא מהני וכו' עכ"ל. מריהטת דברים אלו הרואה יראה דמיפשט פשיטא ליה דגבי קידושין מהני חיוב בשטר, ובאמת דכן ס"ל להרב הנז' בפשיטות דלס' הרא"ש והראב"ד גבי קידושין חיוב בשטר מהני שכתב בדף ק"ב ע"א על הך סוגיא דמנה אין כאן משכון אין כאן וז"ל איכא פלוגתא ביני רבוותא דהרא"ש ז"ל כתב בשם הרמב"ן דהכי פי' דכיון דהא לא נתן המשכון להיות שלה אלא עתיד המשכון לחזור לבעליו הו"ל כמקדש במלוה ולפי פי' זה אפי' נתחייב לה בקנין או בשטראינה מקודשת. אמנם הראב"ד ז"ל סובר דטעמא דהכא הוי משום דאין השיעבוד חל אלא בדבר שכבר נתחייב וכו' וכפי טעם זה אם נתחייב לה מנה בקנין או בשטר ונתחייב באותו מנה בין נתן לה משכון בין לא נתן לה משכון מקודשת וכו' יע"ש, הרי מתבאר מדבריו אלה דס"ל בדעת הראב"ד דכל שנתחייב לה מנה בשטר דמקודשת ונמלאו דבריו אלה האחרונים שזכרנו סובבים הלכים לדבריו הראשונים אשר שם לפנה ולמוסדות בדעת הראב"ד דבמתחייב במנה בשטר מקודשת. ואחר המחילה רבה מכתר לא כן אנכי עמדי ולבבי לא כן יחשוב בדעת הראב"ד דאינם אלא דברי נביאות ולא ידעתי מי גילה לו רז זה דהא בדברי הראב"ד המוגגים שהביאם הרא"ש ז"ל לא קאמר דמהני אלא דוקא במתחייב לו בקנין דהואיל וכבר שעבד עלמו ונכסיו על ידי הקנין מהני ולא מיקרי דבר שלא נתחייב עדין שהרי הוא מתחייב נכסיו ע"י הקנין והא ודאי מלתא דמסתבר הוא לדעת הראב"ד ושפיר כי טעמו ונימוקו עמו, אבל לומר דגם במתחייב ע"י שטר במנה דלהכי מי זה אמר ותסי הא מאחר דליכא קנין בדבר הך שטרא אינו אלא פטומי מילי בצלמא ואף בכתב מתחייב אני לך מנה בשטר הך שטרא חספא בעלמא הוא מאחר דליכא קנין בדבר איך יתחייב ע"י זה בממון שלא היה חייב לו מעולם זה ודאי לא יעלה על הדעת וא"כ גם בקידושין בכתב לה כן בשטר פשיטא דלא, וראיה לדבר שהרי מרן ז"ל בח"מ סי' ר"ז סעיף י"ז כשהביא דינו של הרא"ש ז"ל והראב"ד לא הזכיר שטר כלל אלא שיקנה לו בקנין או שיאמר לו זכה בגוף המשכון כך וכך אם אני אחזור בי ואם איתא לדינו של הרב לא הוה שתיק מיניה מרן ז"ל להורות לנו דגם במתחייב בשטר מהני ולא ראיתי שום אחד מן האחרונים שהזכירו. וא"כ גם בקידושין הדבר פשוט דלא מהני, והדברים הללו כתבם הרב המפ"ה בא"ה סי' כ"ט עמ"ש מרן ז"ל דאם הניח עליה משכון אינה מקודשת וה"ה אם כתב עליה שטר אבל אם אמר לה זכי במשכון זה בשעבוד מנה מקודשת. הרי דבקידושין בשטר לא מהני וזה כמו שכתבתי.

אמור מעתה דמאחר דהוכחנו דבכתב לה בשטר לא מהני לענין קידושין ולפי זה בהריסת היסוד הזה הרי נהרס הבנין במה שהורה לענין משכון גבי פדיון דכי היכי דבכתב בשטר אף דמהני לענין קידושין

לא

דהוה קא מזבנא וורשכי וכו' דאמר רב יכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי ואותביה רב נחמן מהסיא דקדשה בגזל וכו' דמקודשת ומוקמינן לה בדשדיך וע"ז כתב הרשב"א הביא דבריו מרן הב"י אבן העזר סי' כ"ח ז"ל כתב הר"ן בשם הרשב"א דטעמא דמלתא הוא דקא מפרש דמ"ה הוא דלא הוו קידושין ומיהו אפי' אמרה בתר הכי דלשם קידושין קיבלתינהו לא מהני דשמו חכמים דעתה דלא ניחא ליה לאקדושי בגזל דידה אלא בדשדיך או דאמבה אין בהדיא דהני גווני מהנייא כי היכי דתקדים ביה עכ"ל יע"ש, מוכח מזה דבדשדיך אף דלא אמרה אין בהדיא אפ"ה מקדשה בגזל דידה והיינו ודאי דס"ל כס' הרא"ש דאומדן דעת הוא דגמרה ונתנתו לו במתנה ואפי' שאינה אומרת כן בפי'. גם מוכח כן מתשו' הרשב"א שהביאה מרן הב"י א"ה סי' כ"ח על אשה שאמרה לאיש אחד שיתן לתקן טבעתה לאומן וכאשר נעשה אמר הראה אם יכיל אלצעך ואמר בפני עדים הרי את מקודשת וכו' והשיב שאין בזה חשש של כלום לפי שהעדים כבר מעידים שהטבעת שלה היתה ואפי' קדש בו והיא קבלתו דרך שתיקה אינה מקודשת בדלא שדיך וכדאמרינן בפ"ק דקידושין בעובדא דוורשכי עכ"ל, דון מינה דהא אם בכ"ד שדיך מעיקרא דמקודשת אף שהטבעת שלה היה וקיבלתו בשתיקה, והיינו ודאי כדאמרן מטעם אומדן דעת כאמור. אלמא דס"ל דאתתא ידעה לאקנויי דבר שהוא שלה וחוזר אליה ואפי' שלא הקנתה לו בפי'. אפ"ה מהני בסתמא מכח אומדן דעת ולכאורה דברי הרשב"א הללו קשים מאד שנראה סותר למ"ש הרשב"א בההיא דגיטין הנז"ל דלא כתירוץ ראשון ולא כתי' ב' דלפי תי' הראשון אתתא לא ידעה לאקנויי ומטעם הפקר ב"ד נגעו בה, והכא גבי קידושין לא שייך לטעמא דאקנויי אקנו ליה כלל דשאני התם דמטעם תקנת עגונות היא והכא גבי קידושין לא שייך כלל, גם לתירוצו הב' דס"ל דאתתא ידעה לאקנויי היינו דוקא כשהקנתה לו בפי' אבל בסתמא לא מהני, וא"כ אמאי בקידושין העלה דאף בסתמא מהני ונמצאו דברי הרשב"א דסתרי אהדדי מגיטין לקידושין כאמור, אמנם על פי החילוק שחלקנו בדעת הרא"ש לפי זה גם הרשב"א ס"ל הכי דשאני קידושין דבההיא הנזה דמתחתני אהדדי לא בעי' שתקנה בפי' אלא אף בסתמה אמרינן דגמרה ומקניה לגמרי מכח אומדן דעת וכדעת הרא"ש כנז"ל, ואל תשיבני לפי חילוק זה ממ"ש הרשב"א בתשו' סי' אלף רמ"א על מי שרצה לקדש אלמנה ובת האלמנה נתנה לו טבעת וקדש בו אמה והשיב איני רואה להתירה בלא גט דשמא טבעת זו במתנה נתנה לו הבת וכו' יע"ש, דאמאי לא אמר דודאי נתנתו לו במתנה מכח אומדן דעת ואמאי קאמר שמא וכו' דהחילוק ברור דשאני התם דהטבעת לא היה של האלמנה אלא של בתה ולכך חשיב לה ספיקא, אבל אה"נ שאם היתה של האלמנה ממש ודאי דהיתה מקודשת ודאית אף שלא הקנתה לו בפי' מכח אומדן דעת כאמור וזה ברור לכל מבין. כלל העולה מזה שדעת הרא"ש בתשו' הנז"ל היא דבקידושין כל שהשאילו בפי' לקדש בו אשה העלה דמקודשת גמורה ומינה יש ללמוד דבמשאילו בפי' לפדות בנו דבנו פדוי, מ"מ יש לחות דלענין פדיון לא להני ואין להביא ראיה מקידושין, שהרי מצאנו ראינו לכמהר"י ששון בס' בני יעקב דף ק"ג ע"ד נסתפק בההיא דאמרינן לענין קידושין המקדש במלוה והניח עליה משכון דאינה מקודשת משום דמנה אין כאן משכון אין כאן וכתב הרא"ש דטעמא הוי משום דלא נתחייב לה במנה שהרי הוא יכול לחזור בו אבל היכא שנשתעבד לו המשכון כגון שאמר לו תזכה בגוף משכוני קנה, ונסתפק לענין פדיון מי שפדה את בנו ונתחייב לתת לכהן ה' סלעים ונתן משכון עליהם אם בנו פדוי או לא מי אמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן או לא, והביא משם כמוהר"י אלפאנדארי שהעלה שאין בנו פדוי, ונסתייע מתשו' הריב"ש והרב בני יעקב הורה כן דדבר פשוט דאין יכול ליתן משכון מדאמרינן פ' יש בכור גבי כתב לכהן שאני חייב לו וכו' ובנו אינו פדוי דאין פודין בשטרות אמר עולא ד"ת בנו פדוי לכשיתן ומה טעם אמרו אינו פדוי שמה יאמרו פודין בשטרות הרי דאף אם כתב שאני חייב לו וכו' אף מד"ת אינו פדוי אלא כשיתן הא לאו הכי לא, ומעתה תיקשי לדעת הרא"ש והראב"ד דס"ל גבי קידושין דאם נתחייב לה בקנין מקודשת מדאמרינן הכא דאינו פדוי אלא לכשיתן, וכבר ראיתי להרשב"א בחידושיו לקידושין שהקשה עליהם כן וליישב בעדם ע"כ דס"ל דדוקא גבי פדיון אמרינן הכי משום דבעינן נתינה אלימתא וכן כתב מוהרא"ח בסי' ק"ו ומעתה כבר נפסט ספק מורי הרב דכיון דבעי' נתינה אלימתא הא ודאי דמשכון לא מהני דכי היכי דלא מהני חיוב בשטר אע"ג דגבי קידושין מהני משום דבעינן נתינה אלימתא ה"ה גבי משכון אם לא נתן החמש סלעים בעין לא מהני אלו דבריו ז"ל יע"ש.

ואנכי הזון הרביתי לשאת ולתת בדברי הרב הללו כאשר אבאר בס"ד, תחלה במ"ש דגבי פדיון בעי' נתינה אלימתא ולא דמי להידושין ונסתייע מדברי מוהרא"ח, איברא שכן כתב מוהרא"ח בסי' הנז' ז"ל והיוצא מזה הזקיפה משמע דלכ"ע אפילו זקפן במלוה לא חשיבי כאלו קבלם הכהן וחזר והלום ולא חשיבה נתינה כלל ע"כ, גם בסי' הנז' דף קע"ג ע"ב כתב וז"ל והסיא דכתב לכהן שהוא חייב ה' סלעים דמשמע מהתם דכל עוד שלא יתן אין בנו פדוי מדינה ולא חשיב כאילו בא ליד כהן י"ל דהתם בעינן נתינה אלימתא ובהנאה בעלמא אין בנו פדוי עכ"ל יע"ש, הרי בענין הפדיון כתב דבעי' נתינה אלימתא ומ"ש הרב הנז' דבקידושין לא בעינן נתינה אלימתא מדברי מוהרא"ח ז"ל שם לא מצאתי עזר לתומכו, זולתי את זה מצאתי למוהרא"ח ז"ל בסי' פ"ה שנשאל אם בעינן בקידושין שיתגם הבעל לידה ולא שתטול היא מעצמה כמו גבי גט. והאריך בתשו' שם לומר דמהני גבי קידושין וכתב וז"ל ומ"מ נר' סברה גדולה דמקודשת כיון דקידושי אשה לאו בנתינה תלו אלא בהנאה כדאשכחן בהא לך מנה ואקדש אני לך דמקודשת באדם חשוב וכו' יע"ש. ולכאורה נר' הדברים שזה מסכים הולך לחילוק הרב ז"ל שחילק בין קידושין לפדיון דבפדיון בעי' נתינה אלימתא ושפיר.

ומעתה עפ"י הוראה זו של הרב ז"ל הרי אתה דן לנ"ד בענין שאלה דהגם דבקידושין העלה הרא"ש ז"ל דכשהשאיל לו חפץ לקדש בו אשה דמהני כנז"ל, מ"מ לגבי פדיון דבעי' נתינה אלימתא שיתן לו ה' סלעים בעין א"כ בהשאיל לו חפץ לפדות בנו שאין לו שום קנין בחפץ ואין הגוף שלו רק שאול הוא אתו הדין דאין בנו פדוי, וק"ו הדברים ומה בנותן לו משכון שגוף המשכון שלו ואומר לו קנה לך בגוף המשכון שיווי ה' סלעים העלה כמוהר"י ששון דלא מהני דלא חשיב נתינה אלימתא כל שאינו נותן ה' סלעים בעין כ"ש וק"ו בשואל חפץ מחבירו דאף שנותנו לו בפי' לפדות בו בנו אף לדעת הרא"ש דגבי קידושין מהני מדין מתנה ע"מ להחזיר דשמה מתנה הכא גבי פדיון דבעי' נתינה אלימתא וגוף החפץ אינו שלו אלא במתנה ע"מ להחזיר מ"מ כל שאינו נותנו לכהן בנתינה גמורה לא חשיבה נתינה, ושאני קידושין דקילי כמ"ש הרב הנז' ז"ל, ובכן לכאורה הריני בא בטרוניא על ראובן בנ"ד דמיפשט פשיטה ליה דבשואל חפץ ע"מ לפדות דמהני דמנא תימרא דאי מדברי הרא"ש הנז' אין ללמוד מקידושין לפדיון דחלוקים הם כדבר האמור.

אכן שבתי וראה שדברי ראובן וסברתו יש להם על מה

פשיטי דספרא היא ומטעם הפקר ב"ד נגעו בה והילכך מהדר רבא לאתויי ראיה מהאי' דערב למילף דאתתא ידעה לאקנויי, ורב אשי אשכח לה פירכא דהתם גברא שאני, ולהכי דחה חילוקם ויליף לה מהאיא דהאשה כותבת את גיטה לומר דלאו דאתתא יודעת להקנות אלא משום הפקר ב"ד היא וכי היכי דאפקירו ב"ד פשיטי דספרא ה"נ הפקירו ב"ד טבלא דידה לדידיה דאידי ואידי הד שיעורא, והאיא דאמר רבה לעיל דאקנויי אקנו ליה רבנן פשיטי דספרא לאו למימרא דרבא ס"ל הכי דבלאו הכי רבא סבר דאתתא ידעה לאקנויי אלא דלדברי רב חסדא קאמר לה וליה לא ס"ל זהו תורף תירוץ הרשב"א, ושוב נרגש הרשב"א כפי שיטתו מפי' רש"י שפירש בהאיא דהאשה כותבת את גיטה ומיקניה ליה לבעל ויהיב לה ניהלה דאלמא דסבר רב אשי דאתתא ידעה לאקנויי וזה סותר תירוצו. ומפרק לה בשני פנים ראשונה דלא דק רש"י ז"ל, שנית כתב וז"ל ועוד נ"ל לפרש דרב אשי לית ליה סברא דרבא כונתו בזה מבוארת דרבא ס"ל דטעמא דפשיטי דספרא הוי משום הפקר והמטו להכי לא מייתי מהאיא דהאשה כותבת דס"ל לחלק בין טבלא לפשיטי דספרא, ואילו רב אשי פליג עליה וס"ל דגם בפשיטי דספרא לאו משום הפקר ב"ד היא אלא משום דאתתא ידעה לאקנויי וכיון שכן שפיר מייתי ראיה מהאשה כותבת את גיטה למילף מינה דאתתא ידעה לאקנויי וזה כפי' רש"י הפך תירוצו הראשון, עוד כתב הרשב"א ז"ל ואי נמי רבא גופיה לא סבר לה דהוי משום הפקר ב"ד אפי' בכולהו גיטין דעלמא וכדדייק ליה מתני' דערב הוצאה לאחר חתום שטרות דלא שייך ביה הפקר ב"ד וכדכתיבנא, אלא דלטעמיה דרב חסדא אמרה וכמ"ש למעלה והאשה כותבת את גיטה ולאו משום דאקנו ליה רבנן זוזא דספרא הוא אלא משום דהאשה עצמה מקנה אותו לבעל אלמא אתתא ידעה לאקנויי וזה כפירש"י ז"ל שפי' האשה כותבת וכו' עכ"ל, כונתו מבוארת בזה דס"ל דהך ראיה דמייתי מהא דהאשה כותבת את גיטה הוא אליבא דרבא וטעמא הוי משום דאתתא ידעה לאקנויי ולא ס"ל לרבא הא דהפקר ב"ד הפקר והא דאמר לעיל גבי פשיטי דספרא דאקנויי אקנו ליה רבנן אליבא דרב חסדא אמר לה וליה לא ס"ל, וטעמא שהביא רבא מהאיא דערב ולא מייתי מיד ראיה ממתני' דהאשה כותבת את גיטה היינו משום דמהתם היה יכול לדחות דהך מתני' משום פשיטי דספרא הוא דאקנויי אקנו ליה רבנן ולא הוה פשטי' מינה דאתתא ידעה לאקנויי בדבר החוזר אליה, והמטו להכי הוכיח רבא ראיתו מהאיא דערב דהתם על כרחין לא שייך טעמא דאקנויי אקנו ליה אלא עיקר טעמא הוי משום דידע לאקנויי ומאחר דפשטי' מיניה דידע לאקנויי אפי' בדבר החוזר אליו א"כ גם בהאיא דכותבת את גיטה איכא למיפשט דלאו משום הפקר ב"ד הוא אלא משום דאתתא ידעה לאקנויי וכן ס"ל לרבא כנ"ל ביאור דברי הרשב"א והוא פשוט וברור למעיין בדברי הרשב"א בחידושיו, ולא הוצרכתי לבוא עד הנה אלא לפי שראיתי בס' בני יעקב דף קכ"ב הביא דברי הרשב"א הנז' ודבריו מגומגמים וז"ל והוקשה לו דכיון דעיקר ספיקא דרבא אי ידעה לאקנויי וכו' ותירץ דרבא הוה ס"ל וכו' עד ועוד תירץ דרבא הוה ס"ל דטעמא דמלתא משום דאקנויי אקנו ליה וכו' ולא משום דידעה לאקנויי והמטו להכי פשיט מהאיא דהאשה עצמה וכו' אלו תורף דבריו עכ"ל, ודברים תמוהים אני רואה דהא תירוץ שני של הרשב"א הוא דרבא לא ס"ל הך טעמא דאקנויי אקנו ליה רבנן וא"כ איך כתב הוא הפך מדברי הרשב"א, ואם נאמר דכונתו היא על מ"ש הרשב"א ז"ל ועוד נ"ל דרב אשי לית ליה סברא דרבא וכו' דכונתו דרבא ס"ל לטעמא דאקנויי אקנו ליה וכדפי' לעיל, מ"מ יקשה מ"ש והמטו להכי פשיט מהאיא דהאשה כותבת, דהא רבא לא פשיט לה מהכא אלא רב אשי הוא דפשיט לה דפליג עם רבא, ואם נאמר דמ"ש והמטו להכי פשיט וכו' הוא רב אשי ולא רבא ובזה אתי לשונו שפיר, מ"מ קשה לי בזה מ"ש בס' בני יעקב אחר זה וז"ל שם אמנם הדבר הקשה לע"ד בדברי הרשב"א הוא בתירוץ ב' שתירץ דס"ל דטעמא דמלתא הוי משום דאקנו רבנן וכו' דנהי דבהכי מיתרצא קושיא א' דמאי ראיה מטבלא לגט אבל אכתי קשיא שנית במקומה עומדת דכיון דהוה ס"ל לרבא הכי אמאי לא פשיט ליה מיד ממתני' דהאשה כותבת את גיטה וכו' ול"ע עכ"ל. מדבריו אלו נר' ברור דהתירוץ הב' של הרשב"א הוא מ"ש הרשב"א וא"נ רבא גופיה וכו' כנז"ל והמטו להכי הקשה עליו אמאי לא פשיט לה רבא ממתני' דהאשה כותבת וכו'. עם שאינה קושיא כלל דהלא גם הרשב"א נרגש מזה ומפרק לה כלאחר יד וכדפרישנא לעיל ביאור דבריו והוא ברור, אבל על הבני יעקב יקשה מקלתו אל קלתו שדבריו אלו הם נגד מ"ש לעיל אם לא שיש ט"ס בדבריו וצריכים להגיהם, גם אני הגהתי דבריו כדי שלא יהיו נראין כסותרין זה את זה הלא בספרתם.

ולמדנו מדברי הרשב"א הללו חילוק גדול לענין דינא בין שני התירוצים דלתירוץ ראשון בין בטבלא בין בגט אתתא לא ידעה לאקנויי ואיך צריך הקנאה מחדש רק ממילא אקנויי אקנו ליה רבנן ולתירוץ הב' איפכא דבכל מילי בעי הקנאה ואתתא ידעה לאקנויי ואם לא הקנתה בפי' לא מהני וכ"כ בס' בני יעקב הך חילוקא יע"ש, והנה הרא"ש ז"ל בהך סוגיא דטבלה הביא הבעיא והפשיטות מהא דהאשה כותבת את גיטה בקיצור ולא פורש בדבריו שם אי ס"ל דבעינן הקנאה מחדש כתירוץ ב' של הרשב"א, או אי ס"ל כתירוץ ראשון דהרשב"א דטעמא הוי משום דאקנויי אקנו ליה רבנן ודבריו שקולים הם וסתומים הם איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי, אכן מדברי רבי' יעקב בעה"ט אה"ע סי' קכ"ד נר' דנטה דעת אביו הרא"ש כתירוץ ב' של הרשב"א כי ידוע הוא שהוא הולך אחר עקיבותיו בכל הוראותיו והטור ז"ל כתב וז"ל היה הגט חקוק על הטבלא והעדים עליו וכו' ואומרת שנתנתו לו וחזר ונתנו לה וכו' ה"ז מגורשת ממ"ש ואומרת שנתנתו לו וכו' מורה ובא דס"ל דבעינן הקנאה מחדש דאתתא ידעה לאקנויי אף בדבר החוזר אליה, אבל אם לא הקנתה בפי' אינה מגורשת כתירוץ ב' של הרשב"א וכך נטה דעתו יותר בגונת אביו הרא"ש ודלא כתירוץ א' של הרשב"א, וכן כתב כמהר"מ ן' חביב בס' גט פשוט סי' הנז' ס"ק מ"ב והעלה דלדעת הטור והנמשכים אם לא הקנתה בפי' הטבלא או הניר לבעל אינה מגורשת כלל וכן העלה מוהרש"ך בח"א בחיבורו על הר"מ פ"ד מגירושין לדעת הטור.

ואחרי הודיע אלקים לנו את כל זאת דס"ל להטור בדעת אביו הרא"ש דבדבר החוזר אליה לא מהני בלתי הקנאה בפי'. א"כ יקשה לנו לפי זה מ"ש בקידושין דבגזל דידה מהני משום אומדן דעת דאנן סהדי שנתנתו לו במתנה כנז' בלשונו לעיל. ומאי שנא מגירושין דלא מהני אם לא שהקנה לו בפי', והנ"ל לחלק הוא דבשלמא בגירושין דחוב הוא לה אז הוא דלא מהני בסתמא בלתי הקנאה בפי', אבל בקידושין דזכות הוא לה בסתמא נמי מהני מכח אומדן דעת כנ"ל לחלק לדעת הטור בעד אביו הרא"ש ז"ל, ועפ"י חילוק זה מתישב מה שנר' קשה כעת בדברי הרשב"א כיוצא בזה מגיטין לקידושין דכפי תירוצו הראשון אשר העלה בפירוש השמועה הנז"ל דאשה לא ידעה לאקנויי כלל וטעמא דטבלא משום דאקנויי אקנו ליה רבנן וכו' לפי זה יקשה מ"ש הרשב"א והביא הר"ן את דבריו בפ"ק דקידושין אהך עובדא דההיא אתתא

דהוה

אלא משום דהוי מלאכה שמע מינה דכתישת הרגבים לאו מחוסר מעשה מקרי דאם איתא לי"ל לפרש טעם הכתישה משום מלאכה בלאו הכי תפוק ליה דאסיר משום דכל שמחוסר כתישה אסיר משום דרחמנא אמר ושפך וכסה והכא מחוסר כתישה בינתים אלא ודאי איכא למגמר מינה דהא לאו מחוסר מעשה הוא כיון דבגוף הדם אין בו שום חסרון וחסרון דעפר דבעי כתישה הוא מכשיר מלוה ואין זה מחוסר מעשה. וכמו כן לחפור קרקע קשה שרי כיון דאין חסרון בגוף הדם ולאו מחוסר מעשה מקרי וכדכתיבנא. כן היה נלע"ד לחלק. וסעד דבר זה מדברי הרמב"ן בס' המלחמות פ"ק דביצה אהך מתני' דהשוחט חיה ועוף בי"ט דנחלקו ב"ש וב"ה וע"ז האריך הרז"ה, והרמב"ן במלחמותיו האריך ביסוד של השמועה, ולבסוף כתב ז"ל הנלרך לנו ויש לפרש דמפלוגתא דרבה ורב יוסף נפקא לן לבית הלל דלרבה דסבר וכו' ולר"ב יוסף דאמר ב"ש מתירין לחפור ולשחוט ב"ה לא פליגי אלא בשאין לו עפר דלריך לעשות מלאכה קודם שחיטה אבל יש לו עפר כיון שבשעת שחיטה נופל בעפר אין אוסרין לו לשחוט וכו' יע"ש, הרואה יראה ולבבו יבין שבא לתרץ דמאחר דאפכי' הם הנהו מתניתא אחריני אבל מתניתא דהשוחט כדקאי קאי א"כ קשיא להו קושית התוספות שהקשו דא"כ רבה ורב יוסף באו ליישב דברי ב"ש דלית הלכתא כותיהו ומכח זה חלקו על מה שפירש"י ז"ל וס"ל דמאי דקאמר בש"ס איפוך היא הך מתני' דהשוחט וס"ל דב"ה סברי יחפור בדקר כמ"ש שם התוס' בד"ה אמר ר' יוחנן מוחלפת השיטה יע"ש, ולכן לדעת הרמב"ן דס"ל דהך דקאמר ר' יוחנן מוחלפת השיטה אשאר מתניתא קאי אבל מתני' דהשוחט כדקאי קאי א"כ קשיא כדמקשו התו' ולזה תירץ דמפלוגתא דרבא ורב יוסף נפקא לן לב"ה דלרבה א"כ ב"ה לא שרו כל עקר ולרב יוסף דוקא כשאין לו עפר למטה מזומן אסרו ב"ה אבל כל שיש לו עפר למטה כיון דבשעת שחיטה נופל בעפר המזומן ובהיתירא קא שחיט דאומרין לו שיחפור אח"כ בדקר ויכסה, ואם איתא דבעינן תכף לשחיטה שלא יהא מחוסר מעשה א"כ אמאי שרינן ליה לחפור ולכסות הא קרינא ביה ילא זה שמחוסר חפירה וכיסוי אלא ודאי דמחוסר חפירה לאו כלום הוא ושרי, הרי לך כחילוק שכתבנו דכל שאינו מחוסר מעשה בגוף הדם אלא בעפר הכיסוי לאו מחוסר מעשה הוא ושרי.

ואחר ההתבוננות היטב אין מכאן ראיה דשאני התם דשרינן לחפור בדקר ולכסות היינו בעפר תיחוח כדמוקי הש"ס סיפא דמתני' דקתני ומודים שיחפור וכו' והא קא עביד כתישה ומשני בעפר תיחוח יע"ש, וא"כ יש לו' לדעת הרמב"ן דמאי דשרו לחפור ולכסו' היינו משום דהוי עפר תיחוח וחפירה בעפר תיחוח לאו כלום אבל לעולם דבקרקע קשה לכ"ע מחוסר חפירה מחוסר מעשה מקרי ואסיר.

שוב מלאתי בס' בני יעקב דף כ"ה ע"ד שהביא בשם הריטב"א בחידושיו שכתב ז"ל לענין גיטין ומיהו בכותב על עלה של עלין נקוב וכו' עד ומיהו בכותב הגט על אילן שמת ודאי פסול דהכתי חשיב מחובר וכו' עד והא דאמרינן התם בכיסוי הדם שכל התולש עפר ממקום חיבורו מיקרי מה שנשאר עקר והשאר טפל וכו' הרי שכתב הריטב"א בפשיטות לאסור לענין כיסוי בתולש עפר ממקום חיבורו.

ובכן קם דינא כאשר הורה גבר הח' הש' הפוסק יל"ו לאסור שהדין עמו וכן ראוי לדון להלכה ולמעשה ונור ישראל ילילנו משגיאה. כה דברי מעתיר ומתחנן לאל נור מבטן גוחי.

ישראל מאיר מזרחי ס"ט.

סימן ו'.

ענין פדיון הבן ודבר השאול.

שאלה ראובן נולד לו בן בכור, וחמותו ואשתו לקחו מאת אלמנה אחת אזור כסף בתורת שאלה לכבוד הילד לפארו ביום פדיונו, ובעת הפדיון נטלה חמותו האזור הנז' ונתנה אותו לחתנה ראובן לפדות בו בנו ונטלו ראובן ופדה בו בנו בחשבו כי האזור היה מחמותו ונתנה לו בשאלה לפדות בנו והן היום האלמנה תובעת אזורה ממנו באומרה כי האזור מעולם לא השאילה אותו זולתי לכבוד הבן אבל מעולם לא השאילה שיפדה בו בני ונמלא שפדה בדבר שאינו שלו, והכהן תופסו בעד החמשה שקלים. וראובן אומר שחשב כי אזור חמותו היה שהשאילתו לו לפדית בנו. יורינו המורה אם בנו פדוי או לא ואם לריך לחזור לפדותו ולברך על פדיונו ושכמ"ה.

תשובה מקדמי אר"ם הנה ארש"י בללו ובבעותין. למאריה מלכין הוא אלה' עלאה תתקבל ללותין. על רזא דנא להחויא ע"ד אמת ולדק בדברים המלודקים מחוורין כשמלה מחורן עד בית בלתין, כיר"א. הן קדם חזי הוית מתוך דברי ראובן המולגין דמיפשט פשיטא ליה דיכול לפדות בכלי שאול שהרי הוא אמר כי חשב כי האזור היה של חמותו שהשאילתו לו לפדות בנו אלמא שאם כך היה אמת דעתו נוטה דשפיר הוי פדוי. ולדידי לא מפשטה מלתא כ"כ דהמשאיל כלי לחבירו לפדות בנו שיהא פדוי דאם נאמר דנפקא ליה מתוך דברי הרא"ש בכלל ל"ה סי' א' לענין קידושי אשה שכתב וז"ל נ"ל דהמשאיל חפץ לחבירו והלך השואל וקדש בו אשה אינה מקודשת שאדעתה להשתמש בו השאיל לו ולא שיהא הגוף שלו וכשמקדש בו את האשה קבלתו אדעתא דהכי שיהא שלה נמלא שקדשה בגזל ולא הויא מקודשת וה"מ במשאיל חפץ לחבירו וכו' אבל השאילו לקדש בו נ"ל דהוו קידושין וכו' כיון שהשאילו לקדש בו את האשה אנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל קידושין וכו' ואם לא יועיל בלשון שאלה יהיה בלשון מתנה ולכל הפחות יהיה מתנה ע"מ להחזיר והויא מקודשת. והראיה לדברי מקידושין פ"ב על ההיא משנה מעשה בחמשה וכו' ואמר רב עלה מתיבי קדשה בגזל בחמס או בגניבה וכו' מקודשת התם בגזל דידה וכו' עד אלמא חזינא דבגזל דעלמא לא מקדשה משום וכו' ובגזל דידה מקדשה אעפ"י שאינו שלו אלמא מאחר דשידך ונתרלית להתקדש לו אפי' שתקה בשעת קבלת הקידושין אנן סהדי שמחלה לו מה שגזל ממנה ונתנתו לו במתנה כדי שיקדשנה באותו חפץ שגזל כ"ש בנדון זה וכו' יע"ש שהאריך בראיותיו.

ואני בעוניי לכאורה יש לי לגמגם על דברי הרא"ש הללו מהבעיא דפ' המביא תנין דף ך' דבעי רמי בר חמא היו מוחזקין בטבלא שהיא שלה וכו' מהו מי אמרינן אקנויי אקניתא ליה או דילמא אשה לא ידעה לאקנויי, ופי' התו' לא ידעה לאקנויי פי' בדבר שהוא מחזיר לה ולא גמרה ומיקניה ליה אלא בתורת שאלה משאילתו וכיולא בזה פי' הרא"ש והר"ן ז"ל וכן מתבאר מדברי רש"י יע"ש, ובעי למפשטה מההיא דמעשה בזקן אחד וכו' ומההיא דערב היולא לאחר איתום וכו' ובמסקנה פשיטנא מההיא דתנן האשה כותבת את גיטה וכו' והרשב"א בחידושיו הוקשה לו דמאי קא פשיט מההיא דהאשה כותבת את גיטה שאני התם משום דאקנויי אקנו ליה רבנן פשיטי דספרא אבל בטבלא לא שייך הך טעמא. ועוד מאי קא בעי תפשוט ליה ממתני' דהאשה כותבת וכו'. ותירץ דטעמא דרמי בר חמא ורבא דלא פשטי לה מהך מתני' היינו משום דס"ל לחלק בין פשיטי דספרא לטבלא דבטבלא לא שייך טעמא דהפקר ב"ד וההיא דכותבת גיטה משום

פשיטי

ר"ת ומייתי ראיה מדאמרינן בפ' כיסוי הדם דף פ"ט מכסין בעפר עיר הנידחת אמאי איסורי הנאה הוא א"ר זירא לא נצרכה אלא לעפר עפרה דכתיב ואת כל שללה תקבוץ וכו' יצא זה שמחוסר תלישה קבילה ושריפה ובודאי יותר מחובר הקלף חלק אל חלק מן העפר זה עם זה ואפ"ה חשבינן ליה מחוסר הלישה ע"כ, מדמייתי ראיה לאסור הקלף המחובר בין כתיבה לנתינה. יש ללמוד הימנו דגם ההיא דעפר עיר הנדחת איירי במחובר בין שחיטה לכיסוי ואפי' הכי מכשרינן מטעם דמחוסר תלישה קבילה ושריפה ולכך אין לאוסרו דומה למחוסר קבילה בין כתיבה לנתינה לענין גט מדמדמי להו אהדדי והשתא יש ללמוד לנ"ד מחובר בין שפיכה לכיסוי שרי דהרי מכשרינן לכסות בעפר עיר הנדחת ואפי' שהיה מחובר בין שחיטה לכיסוי, ואמאי נהי דמפאת איסורי הנאה ליכא איסורא מט' דמחוסר תלישה. ת"מ יש לנו לאוסרו כיסוי מט' דהוי מחובר בין שחיטה לכיסוי וקרא לא התיר אלא מי שאינו מחוסר תלישה בין שחיטה לכיסוי דכתיב ושפך וכיסה יצא זה שמחוסר שחיטה חפירה וכסוי דהיינו תלישה, אלא ודאי מדשרינן לכסות בעפר עיר הנדחת אף דהוי מחובר ש"מ דמחוסר חפירה לאו כלום הוא וכדבעינן למימר לקמן בס"ד ומינה דן אנכי להתיר לכסות בנ"ד מהך טעמא גופא דמחוסר חפירה לאו כלום הוא לענין כיסוי דומיא דעפר עיר הנדחת כן היה נר' לכאורה לדון מהראיה הנז'.

והדרי בי דאין ללמוד מההיא דעיר הנדחת כלל דיד הדוחה נטויה לומר דההיא דעפר עיר הנדחת דשרינן לכסות לעולם איירי באינו מחובר בין שחיטה לכיסוי רק שנתלש כדינו קודם שחיטה הא לאו הכי לא שרינן מטעם דמחוסר חפירה, רק דמפאת איסורי הנאה קאמר הש"ס דשרי מטעם דבשעה שנאסר העפר ההוא היה מחוסר תלישה ושריפה, ולעולם דבשעת הכיסוי איירי בנתלש קודם שחיטה כדינו כדבר האמור, וא"כ אין ללמוד משם להתיר בנ"ד עפר המחובר בין שחיטה לכיסוי דהרי מחוסר תלישה ואסור. אבל מ"מ יש ללמוד לכאורה להתיר מדברי הרשב"א בחידושיו פ"ב דגיטין אהא דתנן ר' יהודה פוסל עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש שילא לידון כדבר חדש דבכתבו וחתמו בתלוש ולבסוף חברו ובטלו דכשר כיון דכתיבתו וחתימתו היתה בתלוש והאריך בראיותיו והוקשה לו ז"ל ואם נפשך לומר נהי דמחובר גמור לא הוי מ"מ מחוסר חפירה מיהא הוי וקרינא ביה מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה יצא זה שמחוסר כתיבה חפירה ונתינה, הא נמי ליתא דמחוסר חפירה לאו כלום הוא וכדאיתא בפ' נגמר הדין דתנן התם כילד תולין אותו משקעין את הקורה בארץ וכו' ור' יוסי אומר קורה מטה בכותל ותולה בה ואמרינן עלה בגמ' ר' יוסי סבר כי קבור מי שאינו מחוסר אלא קבורה יצא זה שמחוסר חפירה וקבורה ורבנן חפירה לאו כלום הוא וכו' יע"ש, הרי דהעלה הרשב"א דמחוסר חפירה לאו כלום הוא ומינה אתה דן להתיר לנ"ד מטעם דמחוסר חפירה לאו כלום הוא כן נר' לדון לכאורה.

אמנם אשר עיני בשר לו בעיניו יראה ולבבו יבין דהא בורכא הוא שהרי התוס' שם בפ' נגמר הדין דף מ"ו ובגיטין דיבור הנז"ל כתבו דדוקא לענין נעילה הוא דאמרינן דתלישה לאו כלום הוא משא"כ בההיא דעפר עיר הנדחת דקרקע קשה הוא ודאי דמחוסר תלישה מחוסר מעשה הוא ובזה ישבו הך סוגיא עם ההיא דפ' כיסוי הדם יע"ש והוא חלוק ברור, ובזה עלו ובאו גם דברי הרב על נכון דבפט"ו מה' סנהדרין דין ט' פסק דאין תולין על אילן המחובר לקרקע וכו' וכתב מרן בכ"מ דפסק כרבנן דמכשירי נעוץ מטעם דמחוסר תלישה לאו כלום הוא ואילו בפ"ד מה' ע"א דין י"ג פסק דפירות המחוברין שבתוכה מותרין ונתן טעם מטעם שאין מחוסרין תלישה, ולכאורה יקשה כיון דרבנן ס"ל דמחוסר תלישה לאו כלום הוא ופסק כותייהו א"כ אמאי התיר פירו' עיר הנדחת המחוברין הי"ל לאוסרן מטעם דמחוסר תלישה לאו כלום, אכן לפי חילוק התו' הנז' ניחא דשאני התם דמחוברין ממש באילן ששרשיו מרובין וכקרקע דמו והלכך התיר מטעם דמחוסרין תלישה משא"כ בההיא דה' סנהדרין דנעוץ בעלמא הוא והלכך לענין נעוץ מחוסר תלישה לאו כלום הוא כנ"ל ברור, וניחא נמי מה שפסק הר"מ בפי"ד מה' שחיטה דמותר לכסות בעפר עיר הנדחת, ומרן ז"ל שם כתב דפסק כרבא מטעם דמצות לאו ליהנות ניתנו והוא עיקר. וכ"כ הפר"ח בי"ד סי' כ"ח יע"ש, אכן המבי"ט בס' קרית ספר כתב עליו ז"ל ומותר לכסות וכו' שהוא עפר הקרקע דלא אסיר דכתיב ואת כל שללה וכו' יצא זה שמחוסר תלישה ואפר שריפתה נמי מותר וכו' ומשום הנאה ליכא דמצות לאו ליהנות ניתנו ע"כ, ולא ידעתי מי הכריחו לחלק ביניהם דחד טעמא יספיק לשניהם מטעם דמצות לאו ליהנות ניתנו והוא ברור. ועיין בכנה"ג י"ד בחיבורו לבית יוסף סי' כ"ח אות מ"ט תמה על הלחם משנה כמו כן יע"ש.

אכן לפי דברי המבי"ט והלחם משנה הנז' דאתו עלה מטעם דמחוסר תלישה כנז"ל יקשה עליהם מ"ש מההיא דה' סנהדרין דפסק כרבנן דמחוסר תלישה לאו כלום הוא, אכן עפ"י חילוק התו' הנז"ל הכל נכון וקיים וכדכתיבנא.

ומעתה הדר דינא לנ"ד כדכתי' דמאחר דקרקע קשה הוא מחוסר חפירה מקרי ולא כהול למכסי ביה אלא מגרר הדם ההוא ומכסהו בעפר תיחוח, גם הרב כנה"ג בחיבורו לב"י י"ד אות י"ח דף ע"ג ע"ב כתב ז"ל לעניננו אבל היכא דשחט ע"ג עפר קשה ואין דבר מפסיק בינו לבין הארץ אלא משום דלא הוי עפר תיחוח צריך גרירה לא מקרי מחוסר גריר' וצריך לגררו וליתנו בעפר תיחוח ובזה איירי רבי' בעל הטורים עכ"ל הרי דלא התיר אלא דוקא לגררו אבל לחפור הקרקע הקשה ולכסות בו לא משום דהואיל דמחוסר חפירה מחוסר מעשה מקרי ואסור.

וכבר היה נלע"ד לחלק בין מחוסר מעשה בדם עצמו למחוסר מעשה בעפר שמכסין בו כאשר כתבו התוס' שם בחולין דטעם פיטור דם המוקדשין הוי משום דמחוסר שפיכה וגרירה שמחוסר מעשה דוקא בגוף הדם עצמו דבעינן שדם הנשחט עצמו לא יהא מחוסר גרירה דהתורה הקפידה בדם עצמו שתכף לשפיכה יכסנו והוי דומיה דגט שהתורה הקפידה בגוף הגט עצמו שתכף לכתיבה תהא הנתינה ולא יהיה מחוסר קצילה בינתים ה"נ בדם הנשחט דכותה אבל בעפר שמכסין בו שהוא הכשר המצוה אף שמחוסר חפירה בזה לא הקפידה תורה ויכול לחפור ולכסות ולאו מחוסר מעשה מקרי ואינו מעלה ומוריד הואיל ובגוף הדם אין בו חסרון ולא דמי למוקדשין שהחסרון בגוף הדם עצמו כדבר האמור. וסימנין מצאתי לחילוק זה מההיא דאמרינן בפ"ק דביצה דף ז' ע"ב אהא דתנן ומודים שאם שחט שיחפור בדקר ויכסה אמר ר' זריקא אמרינן והוא שיש לו דקר נעוץ מבעוד יום והא קעביד כתישה ופרש"י שעדין רגבי' מוזבקים ואינם ראויים לכסות אא"כ כותשן וכותש תולדה דטוחן הוא ומלאכה היא עכ"ל, וגם הר"ן ז"ל כתב כפי' רש"י יע"ש, גם לקמן דף ח' בההיא דכוי אין מכסין את דמו אמרינן עלה אלא ספק מט' דילמא עביד כתישה ודאי נמי נגזור משום כתישה ומשני ודאי כי קא עביד כתישה אתי עשה ודחי לא תעשה ופי' רש"י דאתי עשה דוכסהו בעפר ודחי לא תעשה מלאכה יע"ש, והגם דבמסקנא לאו מטעם זה נאסר כיסוי הכוי מ"מ ילפי' מינה דמדנא אסרו כתישה

אלא

ושמא לפי דבההיא דחסימה איכא חלופי נוסחאות בדברי הר"מ לכן עבה עיקר התמיהה מההיא דסירום שהנוסחה מוסכמת לדעת הכל ודוחק .

עוד כתב מרן בכ"מ שם וז"ל והר"י קורקוס תירץ דה"ק ואסור לזרוע כלאים לגוי פי' אפי' בשדה גוי וכו' ודכותה מותר לומר לגוי שיזרע בשדהו של גוי כיון שהזורע גוי וקרקע של גוי לא אסרו ואף אם הוא בשליחות ישראל ולצורכו מותר עכ"ל, הרי לך דכשהגוי זורע בקרקעו לית ביה איסור דאמירה ולא שליחות לגוי .

ואיברא דמ"ש הר"י קורקוס דאין קנין לגוי וכו' זהו לדעת הר"י קורקוס דס"ל כן בדעת רבינו כמ"ש בפ"ק דה' תרומות דין י"ג יע"ש שהביא דבריו מרן בכ"מ שם יע"ש, אבל הר"מ שם בדין י' כתב דבחזר ולקחה ממנו יש קנין יע"ש, והדברים עתיקים. אכן לכאורה ק"ל על מוהר"י קורקוס דהיאך כתב דכיון שהזורע גוי וקרקע של גוי מותר לומר לגוי שיזרע לו ואין כאן משום שליחות דא"כ יקשה מההיא דאמרינן בש"ס פ' הנזקין דף ס"ב אמאי דתנן ומחזיקין ידי גוים בשביעית והאמ"ר אין עודרין עם הגוי בשביעית וכו' ומשני לא צריכה דאמר להו אחזוקו. ואם כדברי הר"י קורקוס למה הוצרך לאוקמיה דאומר להם אחזוקו לוקמה דמחזיקין ידי גויים מיירי שאומר לגוי לזרוע בשביעית בקרקע הגוי דבהא שרי ולמה הוצרך לאוקמה דמיירי באחזוקו טפי הו"ל לאוקמה כדאמרן. ולענ"ן ליישב לזה דאה"נ דהוה מצי לאוקמיה בהכי מיהו טעמא דלא אוקמה בהכי היינו משום דתנן מחזיקין וכו' מפני דרכי שלום ואם איתא דמיירי באומר לגוי לזרוע בקרקע הגוי אמאי נקט טעמא משום דרכי שלום תיפוק ליה בלאו הכי דטעמא דשרי משום דאין שליחות לגוי, אלא ודאי מדנקט טעמא דדרכי שלום ש"מ דהישראל בעצמו מסייע לגוי ואפ"ה שרי מפני דרכי שלום ואמטו להכי הקשה דהא תנן אין עודרין ומשני דמיירי באומר להם אחזוקו שהישראל מסייעו באמירה ושרי משום דרכי שלום, אבל לעולם דבאומר לגוי לזרוע בקרקעו שרי אלא דמתני' לא מצי לאוקמא בהכי מדנקט טעמא דדרכי שלום ככ"ל להלין בעד הר"י קורקו' ודוק .

והזר הדין דהדין דין אמת דמותר לומר לגוי לזרוע לו תבואה בשביעית בקרקע הגוי דומיא דכלאים דשרינן ליה לגוי מטעם דכיון דהגוי זורע בקרקעו מותר ואין בזה משום שליחות לגוי וא"כ חזר הדין לכ"ד נמי דשרי.

ומצאתי למוהריט"ץ סי' מ"ז העלה בפשיטות דמותר לישראל לתת לגוי שוורים וחטים לחרוש ולזרוע לו בשביעית בקרקע הגוי יע"ש והביא ראיות לדבר והגם דראיותיו מגומגמים מ"מ הדין דין אמת מכמה טעמי תרילי דכתיבנא ויש לנו על מה להשען לדבר הלכה. ככ"ל לדון להתיר בכ"ד, וצור ישראל יצילני משגיאות ויזכנו ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי, כה דברי מעתיר ומתחנן לאל צור מבטן גוחי .

ישראל מאיר מזרחי.

סימן ה'.

דין כסוי הדם.

ראיתי לחוות דעי במה שילא לידון בדבר חדש אלופי ומיודעי הח' השלם דינא יתיב כמהה"ר יהודה נבון יצ"ו על מי ששחט עוף ואין לו עפר תיחוח לכסות וחופר במרא ותלינא קרקע קשה להביא עפר תיחוח הימנו ולכסות והסכימה דעתו בזה בפשיטות דלא יצא ולא כהיל למעבד הכי ואסור, ותליה מההיא דר"פ כיסוי הדם דתנן כיסוי הדם נוהג וכו' בחולין אבל לא במוקדשין וכו' אמרינן עלה מוקדשין אמאי לא וכו' עד כהי דלמטה לא אפשר למעלה אפשר וכו' עד וליגרריה וליכסיה מי לא תנן דם הניתז וכו' חייב לכסות וכו' ואסיקנא שם ז"ל והשתא דאתיא להכי אפי' תימה קדשי מזבח מי שאינו מחוסר אלא שפיכה וכיסוי יצא זה שמחוסר שפיכה גרירה וכיסוי ע"כ, הרי לך דפטרינן דם קדשים מטעם דמחוסר גריירה בנתים ה"נ דמחוסר חפירת עפר בנתים דכותא . ואסיר דקרא אמר ושפך וכסה שלא יהא מחוסר מעשה בנתים ואין לך מחוסר מעשה גדול מזה שצריך לחפור עפר בנתים ולכסות כל שהוי מחובר וצריך חפירה בינתים הוה ליה מחוסר מעשה דוגמא לזה לענין גיטין דפסלינן בכתבו במחובר משום דכתיב וכתב ונתן יצא זה שמחוסר קלילה וכתיבה ונתינה וזו הלכה רווחת . ודכותא לענין עיר הנידחת דכתיב תקבוץ ושרפת ואמרינן בפ' חלק דף קי"ב על שער נשים לדקניות דאינו בכלל שריפה משום דמחוסר מעשה בנתים תלישה וקלילה ושריפה יע"ש דף קי"ב .

ואני אומר ראה זה חדש לא נשמע מעולם מי שפקפק בזה ותכף לשמיעה הוכחתיו פנים בפנים ממ"ש התו' שם פ' כיסוי הדם דף פ"ד ד"ה יצא זה וכו' ולא דמי לדם הניתז דהתם אם לא היה ניתז לא היה צריך גרירה אבל כאן אי אפשר בלא גרירה ע"כ ה"נ יש לדון בכ"ד דכיון דאם לא היה קרקע קשה לא היה צריך לחפור הלכך אף שאירע שחפר כשר משא"כ בההיא דמוקדשין דאי אפשר בלא גרירה, אלא דיש לדחות זה מההיא דכתב הרשב"א בחידושיו לגיטין פ' המביא אההיא דאמרינן התם דף כ"א יצא זה שמחוסר כתיבה קלילה ונתינה וכתבו התוס' שם שר"ת מחמיר בכותב גט בקלף גדול ואח"כ חתכו משום מחוסר קלילה ודחו דברי רש"י, ורש"י שהביא ראיה להתיר ממה דאיפליגו אביי ורבא בכתבו על עלה של עלין נקוב דרבא גזר שמא יקטום משמע דבשאינו נקוב אפי' יקטום כשר כאשר יראה הרואה שם ד"ה יצא זה שמחוסר קלילה וכו' יע"ש, והרשב"א שם הוסיף נופך משלו וכתב ז"ל וא"כ איכא למימר דהפשר דרבא לא גזר אלא בעלה של עלין נקוב דכיון דיניק שפיר אורחא דמלתא למתלש מיניה ועקר שורשוהי בארעא שביק להו, אבל בעלה של עלין שאינו נקוב לאו אורחיה למתלשיה כוליה האי ולא גזרינן ביה, אלא אי קנין פסול דמחוסר קלילה קרינא ביה עכ"ל, הרי דבעלה דעלין שאינו נקוב דלאו ארחיה למגזייה ולא גזרינן ביה ולא יהיב לה ניהליה, ועם כל זה אם אירע שקללו ס"ל לרבא דפסול משום מחוסר קלילה. ה"נ דכותה דאף דכל מידי דמיכסי ביה לאו אורחיה לחפור, מ"מ אם אירע שחפר כיונא דכ"ד מחוסר מעשה קרינא ביה לדעת הרשב"א ז"ל, איברא דעל דברי התוס' דפ' כיסוי הדם הנז"ל על חילוקם שחלקו אין קושי מדברי הרשב"א ז"ל הנז' דנראה סותר לחילוקם, די"ל דהם לא ס"ל כהרשב"א בהי נמי הנז' ורגלים לדבר שהתו' שם בגיטין דיבור הנז' לא העלו על שפתם חילוק הרשב"א הנז' רק כתבו דה"ה עלה של עלין שאינו נקוב פלוג רבא ומשום רבותא דאביי נקט עלה של עלין נקוב דבחא דהיתרא עדיף יע"ש, וכמו כן כתב הרשב"א בראשונה בחידושיו שם וא"כ דכתב הרשב"א דעת עצמו היא ולא דעת התוס'. ובכן חילוק התוס' דפ' כיסוי הדם הנז"ל נשאר חזק. ולדעתם הרי דנתי גם בכ"ד להתיר אמגם אי איכא למיחש לאסור בכ"ד הוא לפי דברי הרשב"א וכדכתי' ועם כל זה איכא למימר דהרשב"א באי נמי נקטיה ולא שתקע עצמו בחילוק זה למילף מיניה לאסור בכ"ד .

זאת לא זאת יש להביא קצת ראיה להתיר בכ"ד ממ"ש התו' שם בגיטין דיבור הנז' דר"י הסכים לדברי

הריב"ש בסי' ת"א אסר לקנות חמץ לגוי במעותיו של גוי משום דאין ישראל נעשה שליח לגוי דהא קי"ל דאין שליחות לגוי לא איהו לדידן ולא אנן לדידהו וא"כ נמצא דקא עבר ישראל על בל יראה ובל ימצא והביא ראיה מפ' הרבית יע"ש. ואיברא דלכאורה קשיא לי ממ"ש הריב"ש סי' ש"ה שהביא בתוך התשו' הך סוגיא דפ' איזהו נשך בההיא דבעי רבינא לאוקומי נהי דאין שליחות לגוי זכיה מדרבנן אית ליה ומה שהקשה הרמב"ן והריב"ש תירץ שם תירוץ אחר וגם בסי' רע"ו תירץ כן ושם בסי' ש"ה הביא תירוץ הרשב"א שתירץ דמדין הפקר הוא וכתב עליו ז"ל ועתה אין להריב מזה על נדון זה וכו' דהתם כיון שהפקירו הממון וכו' יע"ש, הנה ממה שהוצרך לחלק בין נ"ד להיא דרבינא אלמא דס"ל דהלכתא כתירוץ רבינא דיש זכיה לגוי, וא"כ יש לתמוה עליו בתרתי חדא שסותר עצמו מתשו' זו לתשו' דסי' ת"א, ותו דהרי הש"ס גופיה דחה אוקמתא רבינא והיאך עשה עיקר לדרבינא והא' הש' כמה"ר מיוחס בכר שמואל יצ"ו וכמה"ר יונה נבון נר"ו תירצו דאה"נ דהך אוקמתא דרבינא נדחית בש"ס ולא קי"ל כרבינא מ"מ היינו מטעם דאין זכיה לגוי אבל ראית הריב"ש היא דאי הוה אמינא דיש זכיה משמע דמהני והיינו משום הפקר כמ"ש הרשב"א ומינה דן הריב"ש דמטעם הפקר ב"ד פקע איסור תורה וא"כ גם בנ"ד יש לו לבעל דין לחלוק עליו מטעמו של הרשב"א ולכן הוצרך לחלק בין נ"ד להיא דהפקר ב"ד אלו דבריהם יצ"ו, ולעולם דבעיקר דין שליחות בעיקר כמ"ש בסי' ת"א דליתנהו בכלל שליחות לא איהו לדידן ולא אנן לדידהו, גם מרן בטח"מ סי' רמ"ג פסק דגוי אינו זוכה לישראל כיון דליתיה בתורת שליחות יע"ש, ובכן לפי זה לכאורה יש לדון להתיר בנ"ד התבואה אף שהגוי עבה במאמר ובליווי האלמנה כיון דגוים לאו בתורת שליחות נינהו מעשה קוף בעלמא הוא ותבואה זו שריא כן היה נר' לדון לכאורה, אכן הא ודאי לאו מלתא היא דאיברא דגוים לאו בני שליחות נינהו ולא בני זכיה לא אנן לדידהו ולא איהו לדידן ושפיר. מיהו לאו לגמרי נאמר כן דהיינו דוקא להקל אבל להחמיר ודאי דיש שליחות לגוי וכן כתבו התו' פ' איזהו נשך דף הנז' ד"ה בשלמא סיפא לחומרא יע"ש וראיה לזה מההיא דאמרינן סוף פ"ק דע"ז ישראל וגוי שקבלו שדה בשותפות לא יאמר ישראל לגוי טול חלקך בשבת ואני בחול ופירש"י הטעם לפי שנעשה שלוחו על חלי היום המוטל עליו, תו אמרינן התם ואם באו לחשבון אסור ופרש"י הטעם דגלי דעתיה דגוי שלוחו הוא ע"כ ופסקוה הטח"ח סי' רמ"ח והביא מרן הב"י פירש"י הנז', והר"מ פ"ו מה' שבת יע"ש, ולכאורה יקשה דאמאי אסיר הא גוים לאו בתורת שליחות נינהו לגמרי אלא ודאי עכ"ל דלהחמיר לאסור אמרינן יש דין שליחות וכ"כ הרב המגיד פ"ה מה' מלוה שכן דעת הרי"ף והר"מ ורש"י ור"ת יע"ש, נוסף ע"ז דמרן הב"י בי"ד סי' קס"ט עמ"ש הטור שם וגוי שלוה מעות מישראל בריבית ובקש להחזירם לו, דאם העמידו אצל ישראל ואמר ישראל הראשון לגוי ליתנם לשני דפירש"י דהגוי נעשה שליח הראשון ליתנם לשני ואסור, ור"ת פי' כיון שאין שליחות לגוי ושרי וכו' עד ומיהו אפי' לר"ת אם ישראל השני אומר שבשליחות הראשון מקבלם מהגוי אסור דשליח של ישראל הוא, והאריך ע"ז מרן ולבסוף כתב וכ"ל דנקטי' ככל הני רבוותא ואע"ג דבירושלמי משמע כדברי ר"ת כבר כתבו תלמידי הרשב"א דאפשר דבירושלמי לא ס"ל דיש שליחות לגוי לחומרא ובש"ס דידן ס"ל דיש שליחות לגוי לחומרא ואעפ"י שכתב הרא"ש וכו' לא חיישינן להוא מנהגא עכ"ל, הרי לך דבפה מלא הודה מרן לענין הלכה דיש שליחות לגוי להחמיר וכדעת תלמידי הרשב"א אמור מעתה יגדל התימה על מרן בכ"מ בה'

תרומות אמאי קרא תגר על דברי הראב"ד וכתב עליו דאין שליחות לגוי ומדוע לא זכר ש"ר המסכי"ם לסברת הסוברים דיש שליחות לגוי להחמיר והוא גלוה עמהם בסברה זו. וראיתי בס' פרי חדש לחיבורו לה' תרומות קרא תגר על מרן מדברי התו' דפ' איזהו נשך יע"ש ולדעתי יותר יש לתמוה עליו מיניה וביה כיון דהוא עצמו ס"ל דיש שליחות לגוי להחמיר וזו בעיני נשגבה מאד על מרן ז"ל כי מדויל ידיה משתלים, ואחרי לחיכת עפרות זהב לו כעת הדבר צל"ת.

ומאחר עלות דסברי מרן דיש שליחות לגוי להחמיר מינה דן אנכי בנ"ד דיש שליחות לגוי להחמיר הואיל והגוי עשה כן במאמר וכליווי האלמנה, וכ"ש דניחא לה בזה יש לאסור מטעם שליחות ודוגמא לדבר מלאנו ראינו דהגם דבעלמא קי"ל דחרש שוטה וקטן לאו בני שליחות נינהו איכא דוכתי דמהני שליחותן להחעיר כי ההיא דתנן בסוף מעילה שלח ביד חרש שוטה וקטן אם עשה שליחותו ב"ה מעל ופרכינן עלה בש"ס הא לאו בני שליחות נינהו אמר ר"א עשאום כמעטן של זתים דתנן וכו' ופירש"י ז"ל דכי היכי דזעה דמעטן דניחא ליה בגויה אמרינן דקא עביד שליחותיה דבע"ה אע"ג דמעטן לאו בר זיעא הוא חשיבה האי זיעה ומכשרא לטומאה הא נמי חשובה אע"ג דלאו בני דעה נינהו כי אתעבידא שליחותיה הואיל ניחא ליה בגויה מעל, ור' יוחנן אמר מהכא דתנן נתנו לעירוב ע"ג הקוף והוליכו וקתני ה"ז עירוב אלמא אע"ג דלא הוי בו דעת הואיל ואתעבידא שליחותיה ה"ז עירוב הכי נמי גבי חרש שוטה וקטן וכן פסק הר"מ בפ"ז מה' מעילה דין א' יע"ש, ובפ"ו מה' עירובין דין כ"ב ימ"ש, הרי דכל היכא דניחא ליה בההיא שליחות אף דלאו בני שליחות נינהו הוו שלוחין. ה"נ בנ"ד דכותה דמאחר דניחא לה בההיא שליחות אמרינן דהוו שלוחין ויש שליחות לגוי להחמיר וא"כ תבואה זו אסורה.

אמנם אחר ההתבוננות היטב נראה דבנ"ד לכ"ע לית ביה שליחות לגוי דאיברא דקושטא קאי דיש שליחות לגוי להחמיר, מיהו היינו דוקא כשהגוי זירע בקרקע ישראל בשליחותו הא ודאי דאסיר מטעם שליחות ושפיר אכן בנ"ד שאומר לגוי לזרוע בעדה בקרקע הגוי יש לדון דכל כי הא אין לאסור מטעם שליחות לגוי, והמינא לה מההיא שכתב הר"י קורקוס בפ"ז מהל' כלאים עמ"ש הר"מ ז"ל ומותר לימר לגוי לזרוע לו כלאי זרעים והשיגו הראב"ד שם יע"ש, וכתב מרן שטעמו של רבינו מדאבעיא לן בפ' הפועלים אמירה לגוי באיסור לאו אי שרי וכו' י"ל שהוא ז"ל סובר דכיון דאמירה לגוי אפי' באיסור סקילה לא מיתסר אלא מדרבנן הו"ל ספיקא דרבנן ולקולא אבל קשה ע"ז ממ"ש בפי"ו מהא"ב שאסור לישראל לומר לגוי לסרס וכו' יע"ש, ולע"ד קשה לי על מרן דהו"ל להקשות ע"ז מההיא דפסק הר"מ סוף ה' שכירות דאם אמר לגוי חסום פי פרתי אסור הרי דס"ל דנקטי' בה לחומרא, ול"ל למרן להקשות עליו מההיא דסירוס, ואין לומר דבההיא דחסימה היה גורם אומר לגוי חסום וכו' וכנירסה שהביא הרב המגיד שם ויהיב טעמא משום דהו"ל ספיקא דרבנן ולקולא, ולכך לא הקשה עליו מרן אלא מההיא דסירוס, הא ליתא דהלא מרן בכ"מ שם בפ"ק דכלאים דין ו' עמ"ש הר"מ ואסור לישראל להניח לגוי וכו' כתב וז"ל אבל טעמו מההיא דפ' הפועלים וכו' וסובר רבינו דנקטי' בה לחומרה כמ"ש בפי"ו מהא"ב לענין סירוס ופי"ג מה' שכירות לענין חסימה עכ"ל, הרי לך דס"ל דגם בחסימה ס"ל בעד הר"מ דמחמיר וזה כמו שהסכים הרב המגיד שם בה' שכירות, וכיון שכן מטוניה הדרא קושיא לדוכתין מדוע לא הקשה כאן על רבינו מההיא דחסימה,

ושמא

שהם סוברים דתחום ג' פרסאות דאורייתא כמ"ש בסוף פ"ק דעירובין למה הקילו בכך וכו' עד ואפשר שהטעם כמ"ש הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות וכו' יע"ש. ולכאורה במ"ש דהרמב"ן ס"ל דתחום ג' פרסאות דאורייתא ליתא דהלא הרמב"ן בסוף פ"ק דעירובין בס' המלחמות ס"ל כס' המאור דאין לתחומין כלל מן התורה אלא לדעת ר"ע אבל לרבנן דהלכתא כותייהו אין שום איסור בתחומין מן התורה ואפי' בכמה פרסאות כאשר יראה הרואה שם בדברי הרמב"ן באורך וברחב יע"ש, וגם בפ' אין לדין אההיא דדורון עמ"ש המאור ועוד והא דאמרי' אסור להראות שכן לאכם בי"ט וכו' שנה ופירש הרמב"ן ז"ל דאין לתחומין איסור תורה כלל יע"ש. וכ"כ הרב המגיד בפכ"ז מה' שבת שכן דעת הרמב"ן יע"ש, וא"כ מאי קמתמה הר"ן על הרמב"ן בשלמא על הרי"ף ניחא אבל על הרמב"ן אין שום קושי כיון דס"ל דתחומין דרבנן ואפילו בכמה פרסאות, ובס' מוגה לכמוה"ר בגלאל אשכנזי מצאתי שהגיה הרמב"ם במקום הרמב"ן בדברי הר"ן ז"ל והנאי שבאמת כן הוא דעת הרמב"ם כאשר יראה הרואה בפכ"ז מה' שבת דין א' .

אבן קשיא לי במה שתירץ הר"ן ז"ל ואפשר שהטעם כמ"ש הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות דמשום דאיסור תחומין אינו שוה בכל וכו' יע"ש. ותירוצו זה לא מחוור לדעת הרי"ף והר"מ ז"ל משום דאיברא שכן כתב שם הרמב"ן בההיא דדורון וז"ל וכ"ל שהטעם בתחומין שהבא בשביל ישראל זה מותר לזה לפי שהוא איסור שאינו שוה בכל וכו' עד וכיון שאינו אסור לכל ישראל לא אסרוהו אלא לזה שבא בשבילו שלא ראו להחמיר ,כ"כ בשל דבריהם עכ"ל יע"ש, ודברי הרמב"ן ראוים אליו לסברתו ולס' בעל המאור דס"ל דאיסור תחומין מדבריהם לעולם הילכך כתב שפיר דכיון שאין האיסור שוה בכל לא ראו להחמיר בשל דבריהם ושפיר. אבל לדברי הרי"ף והר"מ דס"ל דג' פרסאות אסור מן התורה א"כ הדרא קושיא לדוכתין דאמאי שרי לישראל אחר ומה בכך שאין איסורו שוה בכל מ"מ היה לנו להחמיר כיון דתחומין איסור תורה לדעתם ז"ל וא"כ לא ידעתי איך העלה ארוכה ומרפא על הרי"ף והר"מ מדברי הרמב"ן ז"ל וכעת דברי הרן ז"ל שגבו מני, וליישב דעת הרי"ף והר"מ ז"ל נלע"ד דע"כ לא התירו לישראל אחר אפי' כשהובא בחוץ לתחום היינו דוקא בתחומין דרבנן דהיינו מאלפים אמה עד י"ב מיל דאיסורן מדרבנן אז הוא דשרי לישראל אחר כיון דאין כאן אלא איסורא דרבנן . אבל בהובאו חוץ מג' פרסאות שהוא יותר מי"ב מיל דאסיר מדאורייתא אז ודאי שדעת הרי"ף והר"מ שוה לאסור אפי' לישראל אחר כיון דהוי איסור תורה והגם דסתמו דבריהם מ"מ סמכו על המבין כנלע"ד.

איך שיהיה למדנו שדעת הרי"ף והר"מ ורש"י ז"ל בההיא דדורון לאו משום לתא דאמירה לגוי היה אלא כיון דתחומין דרבנן הקילו, אבל באמת רואה אנכי ראיה מהימנא דהר"מ דוקא הוי כדברי המרדכי דמשום אמירה לגוי היא, תדע לך שהרי הר"מ בפ"ק די"ט דין י' בההיא דדורון פסק דימתין לערב בכדי שיעשו יע"ש, ובפ"ו מה' שבת דין ח' כתב ז"ל ולא אסרו בכל מקום שימתין בכדי שיעשו אלא מפני דבר זה שאם תאמר יהא מותר מיד שמא יאמר לכותי לעשות לו וכו' יע"ש אמור מעתה לפום האי כללא דבההיא דדורון דאסור בכדי שיעשו משום לתא דאמירה לגוי היא וזה כדברי המרדכי שזכרנו מ"מ איכא למימר דשאני לדעת הר"מ דכיון דס"ל דאיסור תחומין דאורייתא הילכך שייך שפיר איסור אמירה בשל תורה, אבל אה"נ דאי הוה ס"ל דאיסור תחומין דרבנן כדעת הרמב"ן ודאי דאין בו משום לתא דאמירה לגוי כלל דבשל דבריהם אין בו איסור אמירה בשאר איסורין בר משבת, ואפי' לפום מאי דכתיבנא בעד הר"מ בההיא דדורון דמחוץ לתחום דקאמר היינו בתחומין דרבנן כדכתי' לעיל ואפי' הכי אסר בכדי שיעשו משום לתא דאמירה לגוי איכא למימר די"ט שאני דגזרו אטו שבת וכמ"ש התו' בהפועלים כנז"ל. נוסף ע"ז דלא הצריך הר"מ בכדי שיעשו אלא כשים במינו במחובר או בדבר הנילוד בו ביום דכיון דאית בהו איסור תורה משום תלישה או לידה הלכך אסר בכדי שיעשו דשייך שפיר איסור דאמירה לגוי, אבל באין במינו במחובר אז לא הצריך בכדי שיעשו אלא לערב מותרין ומו ביום אסורים משום חוץ לתחום ולא משום לתא דאמירה לגוי משום דבתחומין דרבנן קא איירי כדכתי' ודיינו שנאסור עליו אבל לאחר שרי, ואם איתא דמיירי בתחומין דאורייתא והיינו כשהביאן חוץ לי"ב מיל הי"ל לרבינו לאסור לערב בכדי שיעשו ואפי' שאין במינו במחובר אלא ודאי זה יורה כדכתי' דבאיסור תחומין דדבריהם קא מיירי ולכך שרי לערב דס"ל דבאיסור דדבריהם ליכא איסור דאמירה לגוי וזו ראיה לע"ד אלימתא למה שתירצתי לתמיהת הר"ן על הרמב"ן ודוק .

ומכלל הני מילי מעליתא למדנו שדעת הרי"ף והר"מ ורש"י ז"ל הכל שוין לטובה ולדעת א' דבכל איסורי דרבנן לית בהו איסור אמירה לגוי. וכן נמי כ"ל להוכיח מדברי הרמב"ן ז"ל בס' המלחמות דפ' אין לדין בההיא דדורון עמ"ש המאור דטעמא הוי משום אמירה לגוי השיגו הרמב"ן ז"ל וכן מה שמפרשים בבא חוץ לתחום גזירה משום יאמר לו איני יודע למה הם מתכונים בפי' הזה שהרי אף לדבריהם כשהוא אומר לו הבא משום אמירה לגוי שבות אתה תופסו אם כן אף אתה עשית הבאה דחוץ לתחום בי"ט מלאכה ואם מלאכה היה למה מתקשים בה דבר ברור הוא דכל בשביל ישראל אסור בין בשבת בין בי"ט וצריך נמי כדי שיעשו וכו', הדברים הללו מורים באצבע דס"ל להרמב"ן דבמלאכה דאוריתא דוקא הוא דאיכא איסור אמירה ולא באיסור דרבנן. ולכן תמה עליהם דמה צורך לאסרם משום אמירה תיפוק להו משום דהבאת מחוץ לתחום אסור מן התורה . דהא לא שייך איסור דאמירה אלא באיסור תורה וזה ברור לכל מבין. ומכלל דבריו אתה למד דס"ל כדעת הר"מ והרי"ף שהוכחנו דבכל איסורי דרבנן בר משבת לית בהו איסור דאמירה לגוי ודלא כהמרדכי, ומאחר דרש"י והרי"ף והר"מ והרמב"ן כולם שוין לטובה דבדרבנן לית בהו איסור אמירה לגוי כותיהו נקטינן. ומה גם לפום מאי דכתיב' דגם המרדכי לא אמרה אלא דוקא בי"ט דגזרינן אטו שבת א"כ לפי זה ארווחנא דגם המרדכי יסבור כותייהו דבשאר איסורין דרבנן לית בהו איסור אמירה לגוי .

ומאחר עלות כן הדר דינא לנ"ד דשביעית בזמן הזה דרבנן א"כ לא שייך ביה דין איסור אמירה לגוי ומפאת זה לית בתבואה זו סרך איסור ומכ"ש דהוי בקרקע הגוי דשריא .

ברם מה שראוי להתבונן אל החלק השני אשר יעדנו בפתח השער הוא אם יש שליחות לגוי או לא, דע דמרן הקדוש בכ"מ פ"א מה' תרומות דין י"א הביא מ"ש בא"ח בסוף ה' חלה בשם הראב"ד דאם קנה מהגוי שבולים לצורך מלות ומרחן הגוי בשביל ישראל חייב בתרומה דשולחו של אדם כמותו וכו', וכתב עליו מרן ז"ל ומ"ש דשלוחו של אדם כמותו יש לגמגם בו דהא אין שליחות לגוי, ולכאורה נר' שטעם מרן הוא מסוגיא דפ' איזהו נשך דף ע"א ע"ב דדחי לה לאוקמתת רבינא אלמא דאין שליחות לגוי כלל לא איהו לדידן ולא אנן לדידהו וכן פסק הר"מ פ"ד מה' זכיה דין ו' וכמ"ש ה"ה שם יע"ש, גם בפ"ב מה' שליחות פסק כן, גם בטח"מ סי' קפ"ח פסק כן יע"ש, ולכן השיג על הראב"ד ז"ל גם

אסור לדוש בחסימה מה שאין כן כשאומר לו בחול לעשות מלאכה בשבת עכ"ל הר"ן. וגם הרא"ש דחה כמו כן דברי רב סעדיה יע"ש, וכיון שכן גם מוהר"ס ז"ל ידחה דברי רב סעדיה כמו שדחום הרא"ש והר"ן. וכי תימא שהרי הר"ן ז"ל הגם שדחה ראית הרשב"א הביא לו ראיה אחרת מההיא דמי שהחשיך דאיצטריך היתירא לפי שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו יע"ש בהפועלים ומה יענה מוהר"ס לראית הר"ן זו, הא ודאי לא קשיא כלל דהתם גבי מי שהחשיך הטעם שהצרכני להתיר משום שאין אדם מעמיד דמשמע הא לאו הכי היה אסור היינו משום דאיכא איסור תורה שהגוי יעביר את הכים ד' אמות ברשות הרבים הילכך אסרינן אפי' מע"ש אי לאו משום טעמא דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו, ומינה יש ללמוד שפיר דהיכא דאיכא איסור תורה איכא איסור אמירה אפי' מע"ש ושפיר. אבל באיסור דרבנן דיינו שנאסור אמירה לגוי ביום שבת דוקא אבל מערב שבת ודאי דליכא איסור אמירה כיון דהאיסור ההוא מדרבנן הוא, וכן הרשב"א והר"ן שאסרו אמירה אפי' מע"ש פשט דבריהם מוכח דהיינו דוקא במלאכה דאוריתא שכן כתב הנמק"י בהפועלים בשם הרשב"א ז"ל ושמעינן נמי מהכא דאסור לומר לגוי שיעשה מלאכה בשבת משום אמירה לגוי וכו', ומדנקט שיעשה מלאכה בשבת פשט הדברים מורים דהיינו דוקא במלאכה דאוריתא, דאי לאו הכי הו"ל כדברי רב סעדיה דנקט הילך מעות וקנה לי כך וכך דאז ודאי הוה משמע שפיר דאפי' באיסור דדבריהם אסרו האמירה, ומדלא נקטי הכי אלא אמרו שיעשה מלאכה משמע דוקא במלאכה דאוריתא אסרו ולא מדרבנן.

והואיל ובאנו לידי כך נ"ל דהרשב"א והר"ן פליגי עם רבינו דהרשב"א והר"ן לא אסרו אמירה לגוי מערב שבת אלא דוקא באיסורא דאוריתא, אמנם רב' סעדיה לא שאני ליה אלא דאפי' בדרבנן איכא איסור דאמירה אפי' מע"ש והשתא מוהר"ס יסבור כדעת הרשב"א והר"ן ז"ל.

אמנם מה נענה ביום שידובר בנו דברי מרן הב"י בא"ח סי' ש"ז שהשוה דברי הרשב"א והר"ן לדברי הרא"ש ורבינו סעדיה כאשר יראה הרואה לשם. אלמא דס"ל דהכל שוין לאסור אמירה לגוי מע"ש אפי' באיסור דרבנן. וכיון שכן איך אפשר שמוהר"ס יחלוק עם כל הני רבוותא ובפרט מהטור ז"ל וחזרה תמיהת כמוהר"י רוזאניס לדוכתא ועיין מה שיסב וגם בס' דת ודין בסופו בתשו' השיאנה לכמוהר"י שגון סי' ו' ובס' נחלה ליהושע סי' י"ג שכולם הסכימו להתיר ע"י קבולת.

כלל הדברים שאם באנו לדון עפ"י תירוץ הראשון שתירץ מרן בעד מוהר"ס דס"ל באיסור אמירה לגוי דהיינו דוקא באיסור תורה. א"כ יוצא בכ"ד דשביעית בזמן הזה דרבנן ליכא איסור דאמירה לגוי אמנם מאחר דכל הפוסקים ס"ל דאפי' בדרבנן איכא איסור אמירה לגוי ואפי' מע"ש אסיר ומכ"ש בשבת ולא התירו אלא דוקא במקום מצוה או חולי. א"כ גם בכ"ד היה נראה לאסור משום אמירה לגוי וראיה לדבר דאיסור אמירה לגמרי היא ואפי' בדרבנן מצאתי למרדכי בהגהות שבסוף שבת האחרונות שהביא מההיא שאמרו בפ' שואל לא ישכור אדם פועלים בשבת ולא יאמר לחבירו להשכיר לו פועלים ופריך בש"ס פשיטא דהא שלוחו של אדם כמותו אמ"ר פפא חבירו גוי מתקיף לה רב אשי והא אמירה לגוי שבות ופירש"י וכבר סתם לן תנא פ' כל כתבי דתנן גוי שבא לכבות אין אומרים לו כבה וכו' והשתא הואיל ומדמי שבות דאמירה לגוי לשכור פועלים לשבות דאמירה לכבות שהוא איסור דאוריתא אלמא דבין בזה ובין בזה אמירה לגוי שבות מדלא משני התם איסור דאוריתא הכא איסור דרבנן וכו' יע"ש. וכן מצאתי בתוס' בפ' כל כתבי דף קכ"א ע"א ד"ה אין אומרים לו כבה וכו' יע"ש. ובכן קשיא לי על מ"ש בשלטי אשר סביבות הר"ן בפ' כל כתבי אמתני' דנכרי שהדליק את הנר כתוב וז"ל ואם אמירה לגוי שבות גם באיסורי דרבנן וכו' עד ומדברי ר"ת משמע דבאיסור דרבנן ליכא איסור באמירה לגוי וכו' יע"ש, וקשה על ר"ת דמה יענה ר"ת להסיא דלא יאמר לחבירו להשכיר לו פועלים דאוקמה רב פפא בחבירו גוי ופריך והאמירה לגוי שבות, ואי כס' ר"ת מאי פירכא הא שכירו' פועלים דרבנן היא ולית ביה משום אמירה לגוי, ונלע"ד לתרץ דס"ל דהך מתני' מיירי בשוכר פועלים לבנות לו וכיוצא דאית ביה איסור תורה ולהכי גם בגוי איכא איסור אמירה לגוי כנלע"ד לס' ר"ת ז"ל.

המורם מזה שדעת רובא דמנכר לאסור אמירה לגוי אפי' באיסור דרבנן, ובכן הדבר יוצא לכ"ד דשביעית' בזה"ז דרבנן די"ש לאסור אמירה לגוי, אלא דעכ"ז נ"ל דאין מזה ראיה דאיכא למימר דהיינו דוקא בשבת הוא דאסרינן אמירה לגוי אפי' מדבריהם כיון דחמיר בסקילה וכמ"ש בהפועלים וזכרנוה לעיל, אבל בשאר מילי דוקא באיסור תורה הוא דאיכא איסור דאמירה כגון באיסורי לאוין ודומיהן אבל באיסור דרבנן ליכא איסור דאמירה לגוי דהא אפי' בחייבי מלקות כגון סירוס וחסימת פי פרה ודומיהן דאיבעיא לן בהפועלים ולא איפשיטא ומשום דלא מפשטא אזלינן לחומרא כמ"ש הרב המגיד בסוף ה' שכירות יע"ש. והשתא איכא למימר דיינו להחמיר באיסורי תורה אבל באיסורא דרבנן ליכא איסור דאמירה לגוי. ועיין בפרי חדש א"ח סי' תס"ח שכתב כן בפשיטות יע"ש. ואל תשיבני ממ"ש בהגהות המרדכי האחרונות דמס' שבת דף קמ"ב ע"ג כתוב וז"ל תו אמרינן במס' י"ט דורון הבא בשביל זה ואין במינו במחובר מותר לישראל אחר אבל לו אסור, גזירה שמא יאמר לו לך והבא, ואע"ג שהבאה היא אסורה לו מדרבנן דקי"ל תחומין דרבנן דאי דאוריתא אמאי שרו לישראל אחר הא כל דבר שאסור מן התורה ועשאו הגוי או הביאו אסור לכל, הרי שייך לומר איסור שבות אפי' על איסור דרבנן עכ"ל לעניננו יע"ש, גם בפ' בכל מערבין סי' תנ"א כתב המרדכי דההיא דדורון משום גזרת אמירה לגוי היא יע"ש, גם בס' המאור אההיא די"ט פ' אין צדין בגוי שהביא דורון ואין במינו במחובר דמותר לישראל אחר כתב וז"ל והבא בשביל ישראל זה מותר לישראל אחר דמשום גזירה שמא יאמר לו לא אסרינן ליה לישראל אחר שאין אדם מוסיף ולא לו עכ"ל יע"ש. הרי לך דאזיל לשיטת המרדכי ומינה יש ללמוד דס"ל דאיכא איסור דאמירה אפי' באיסור דדבריהם וא"כ מינה תברא למאי דכתי' דבאיסורא דרבנן ליכא איסור דאמירה.

על כל אלה אמינא ולא מיספקינא דהדין דין אמת דבאיסור דדבריהם ליכא איסור דאמירה, חדא דאף דנודה לדינו דהמרדכי והמאור לא אמרו כן אלא דוקא בי"ט דאיתקש לשבת וגזרו י"ט אטו שבת וכמ"ש התוספות בהפועלים ד"ה אבל הכא דאיסור לאו וכו' יע"ש וכאשר זכרנו דבריהם לעיל אבל בשאר איסורי דרבנן הדבר ברור כדכתיבנא דליכא איסור דאמירה כלל ואפי' לדעת המרדכי והמאור ז"ל.

ותו דתלייהו הוי משום דפירשו ההיא דדורון משום לתא דאמירה לגוי, מיהו הרואה יראה דרש"י והתו' שם בפ' אין צדין אההיא דהבא בשביל ישראל זה מותר לישראל אחר פירשו דכיון דאיסור תחומין דדבריהם לא אחמור כולי האי ודי אם אסרוהו על זה יע"ש.

וראיתי להרן ז"ל שם בפ' אין צדין הביא פירש"י וכתב ותמהני לדברי הרי"ף והרמב"ן ז"ל

שהם

תרומות אפי' בימי עזרא דהוי מדבריהם משום דבעינן כל יושביה עליה דבביאת כולם תלה רחמנא כמו שיראה הרואה לשם, אמור מעתה דבירושלם דקדושתה מחמת שכינה, אם כן גם לענין שביעית בירושלם הוי מן התורה גם בזמן הזה, ומעתה אפשר לומר דמ"ש מרן בפ"ע ובפ"י דקדושת שביעית בשמיטת קרקע הוי מן התורה לענין ירושלם דוקא היא אבל בשאר א"י ודאי דהאידנא הוי מדבריהם כן היה נ"ל והוא דוחק כי לא פורש מזה כלום בדבריו ואין זה אלא דוחק, נוסף ע"ז דבה' תרומות כתב מרן בכ"מ דקדושת עזרא לענין שביעית הוי מן התורה כאשר יראה הרואה לשם וא"כ אין שום מקום למנוח ארוכה ומרפא לדברי מרן בכ"מ ול"ע טובא.

ומ"מ אף שנודה לתמיהת הכפתור ופרח מ"מ הרי הכפו"פ הודה לדברי הר"מ ואמר ואל הרב יש להאמין ואפי' שאומר על שמאל שהוא ימין, וא"כ מי יחלוק על הר"מ ז"ל, וגם מרן בתשובה שהביאה מוהרי"ט בתשו' הראשונות כנז"ל כתב כן יע"ש; וא"כ חזר הדין לפירות הגדלים בשביעית בקרקע הגוי דמותרין האידנא.

אכן בנ"ד שמה שזרע הגוי בקרקעו היה לשם האלמנה במאמר ובציווי האלמנה הנז' יש להסתפק אי שרו או לא אי אמרינן אמירה לגוי שבות אפי' באיסור דדבריהם או לא ולכאורה מצינו בש"ס דילן פ' הפועלים דף ד' דאבעיא לן מהו שיאמר אדם לגוי חסום פי פרתי ודוש בה מי אמרינן כי אמרינן אמירה לגוי שבות הני מילי לענין שבת דאיסור סקילה אבל חסימה דאיסור לאו לא או דילמא לא שנא ת"ש וכו' ולא איפשיטא, ורש"י ז"ל פי' חסום פרתי ודוש בה דישה שלך ע"כ.

וראה ראיתי בס' אסיפת זקנים הקשו על פירש"י ז"ל וא"ת וכה"ג מי איכא משום אמירה לגוי הרי אפי' בשבת ליכא משום שבות אלא באמירה לגוי במלאכה דישראל אבל במלאכה דגוי לא דהכי תניא בהדייא במכילתא כל מלאכה לא יעשה בהם לא תעשה אתה וכו' ולא יעשה הגוי מלאכתך וכו' אלמא דבמלאכה דגוי לית משום אמירה לגוי ותירץ יע"ש, ולע"ד נר' להלין דאיברא דבמלאכה דגוי ליכא איסור דאמירה אבל אשכחן דבבהמה ועבד שאנו מצווין על שביתתן פסק הר"מ בפ"ו מה' שבת דין י"ו דאסור להשאיל לגוי למלאכתו והטא"ח סי' רמ"ו הוסיף דאפי' מיום ראשון אסור להשאילה ולהשכירה והסכים על ידו מרן ב"י שם יע"ש, הכא נמי כיון דהוזהרנו שלא לחסום פי פרה בעת דישה א"כ איסור החסימה לפרה עליה דידן רמיא והא לא קאמר קרא לא תחסום שור בדישך אלא בדישו בכל עת שידוש ואפי' במלאכת אחרים כגון ישראל פי פרתו בעת דישתו לאחרים ל"ש גוי ול"ש ישראל קעבר עליה וא"כ שפיר שייך איסור אמירה לגוי ואפי' במלאכת דגוי דכל מידי דאיהו לא מצי עביד שייך ביה איסור אמירה כנ"ל להלין בעד רש"י.

והתו' שם ד"ה אבל הכא דאיסור לאו וכו' הקשו דאע"ג דבמס' מ"ק אמרינן דבשביעית ותש"מ אסור אמירה התם משום דשבת ויו"ט חדא מלתא היא וגזרו בה אטו שבת ע"כ ודיבור זה קשה לכאורה בתירוצם דתינח שהירצו שפיר לענין תש"מ דשייך שפיר איסור אמירה, אבל בשביעית מה יענו, ועוד דלמה עשו עצמם כלא יודעים ולא זכרו בתירוצם ליישב ההיא דשביעית. ויכולנו לתרץ דבתירוצם נמי מתישב ההיא דשביעית דהא איסור דשביתת הארץ אפקיה קרא בלשון שבת כאמור ושבתה הארץ שבת לה' א"כ איכא למימר דגזרו איסור אמירה בשביעית אטו שבת, ועם כל זה לא הונח לי וראיתי בכתבי מורינו הרב כמוהרא"י ז"ל עמד על דברי התו' הללו הלא בספרתו זרע אברהם הנדפס מחדש עיין עליו רש"ל בדיבור זה הגיה במקום מילת שביעית וגרים שבת

יע"ש. וקרוב לדבריו ממש כתוב בס' שמיכת זקנים יע"ש והדברים ברורים, והרא"ש והנ"י והרמב"ם כולהו ס"ל דנפשטה הבעיא והעלו דאיסור אמירה איכא בחסימה ואפי' באיסור לאו, וא"כ אם איסור השביעית היה בזמן הזה מן התורה לדעת מרן בכ"מ שכתב כן בעד הר"מ ודאי דאיכא איסור אמירה לגוי וא"כ התבואה הלזו אסורה לאלמנה לדעת רבינו ירוחם הביאו מר"ן הב"י בטא"ח סי' ש"ז וז"ל כתב ר' ירוחם בחי"ב ישראל שאמר לגוי לעשות מלאכה בשבת ועבר משום שבות, אסורה לו אותה מלאכה לעולם משום קנסא כך דקדקו הפסקנים בפ' השוכר את הפועלים. אבל הר"מ בפ"ו מה' שבת כתב שמותר לו ליהנות באותה מלאכה לערב אחר שימתין בכדי שיעשו וכוותיה נקטי' עכ"ל, ונמצא לפי זה בנ"ד לדעת הר"מ יש לנ לומר להתירן לה אחר שביעית מאחר דמרן ז"ל פסק כהר"מ, ועם כל זה לדידי חזי לי דבנ"ד אסיר דהא שאני שבת דלערב התירהו בכדי שיעשה שפיר אבל בנ"ד במואלי שביעית מחייב בביעור וא"כ אף לדעת הר"מ בנ"ד אסור דבשביעי' הכור משום אמיר' לגוי ולאחר שביעית הרי מחייב וא"כ אי נימא דאיסור שביעית בזמן הזה דאורייתא איני מוצא צד היתר לתבואה זאת.

אכן לפי מה שהעלינו לדעת רוב הפוסקים דסברי מרנן דשביעית בזמן הזה דרבנן בהא איכא לדיין לכאן ולכאן כאשר אבאר בס"ד, דע שמרן הב"י בא"ח סי' רמ"ד הביא תשו' מוהר"ם שכתב המרדכי פ"ק דשבת על אודות היהודים הקונים המכסים בשבת ומשכירים להם גוים לקבל מכס בשבת נר' דבקבולת מותר דב"ה מתירים וכו' עד ומ"מ נר' לי להביא ראיה להתיר מדתניא בפ' מי שהחשיך וכו' ותמה עליו מרן הב"י דלמה ליה למוהר"ם לאהדורי לפרק מי שהחשיך וכו' לימה דשאני הכא שאין בקבלת המכס איסור דאוריתא יש לומר דסתם מקבלי המכס נריכים לכתוב והא איכא מלאכת דאוריתא וכו', ומוהר"א ששון בסי' קכ"ו תמה דאיך עלה בדעתו של מרן לומר דאמירה לגוי לא אסירה אלא במלאכה דאוריתא ולא בדרבנן, והלא הר"מ פסק בפ"ו דאפי' בדרבנן לא התיר אמירה לגוי אלא דוקא במקום מצוה או חולי. ותירץ דע"כ לא הצריך הר"מ מקלת חולי או צורך מצוה אלא דוקא כשאומר לו ביום שבת עצמו אבל אם אומר לגוי בימי החול לעשותו בשבת אז שאני לן בין מלאכה דאוריתא למלאכה דרבנן יע"ש באורך.

וראה ראיתי לכמוהר"י רוזאניס בס' משנה למלך בה' שבת בפ"ו הביא דברי מהרא"ש הנז' וכתב דגם בזה לא נתקררה דעתו דהרי הרא"ש בפ' השוכר את הפועלים הביא בשם רב סעדיא דאסור לומר לגוי מע"ש. הילך מעות וקנה לי כך וכך וכן כתב הר"ש בר ברוך והסמ"ג ומדברי הטור סי' ש"ז נמי משמע הכי וכו' הרי דאף באומר בחול והוי איסורא דרבנן איכא איסור דאמירה לגוי ולא שני להו בין מלאכה דאורייתא למלאכה דרבנן. ומכח זה נטה לו לדרך אחרת יע"ש.

ואני בעניי איני רואה שום סתירה לתירוץ מוהר"א ששון דמה בכך דהרא"ש וסיעתיה ס"ל הכי, אטו גברא אגברא קא רמית ודילמא מוהר"ם ז"ל לא ס"ל כותייהו אלא ס"ל דבאמירה לגוי בימות החול יש לחלק בין מלאכה דאוריתא למלאכה דרבנן ובשלמא מדברי הר"מ ז"ל ודאי דיפול עליו הקושי כי אין בו כח לחלוק עליו ולזה נכנס מוהר"א ששון בעובי הקורה לתרץ דבריו להשוותן יחד, אבל מדברי הרא"ש וסיעתיה מאן לימא לן דלא פליג עליהו שהרי הרא"ש והנ"י שם בפ' הפועלים שהביאו דברי רב סעדיא דאסור לומר לגוי קודם השבת שיעשה מלאכה בשבת בשם הרשב"א והר"ן ז"ל דהא ראיתו דמההיא דחסימה אין כ"כ ראיה משום שאומר לו כן בזמן שהוא אסור

לישב וברור הוא, ותשו' זו דהרמב"ם היא מודפסת בשאלות הר"מ המודפסות ואחר שהביא דין המעשרות הנוהגות בזמן הזה מדרבנן הביא דין זה דביעור וזהו ספד למה שכתבתי ועל פי הדבר האמור ניחא לי מ"ש בס' ידי אליהו לכמוהר"א גאליפפא תיקון ק"ט שהאריך הרחיב על דברי מרן בכ"מ במ"ש בפ"ד וכתב וז"ל ולא ידעתי איך עלה על דעת מרן לגדר ממה שכתב רבינו דשביעית נוהגת אפי' שלא בפני הבית דהיינו מדרבנן והלא היכן מלינו פיטורא מדאוריתא שנאמר שנוהג אף שלא בפני הבית שכתב רבינו הוי מדרבנן וכו', ואני אומר שאין זה תימה כלל שהרי לא חייבה תורה אלא בזמן שהיובל נוהג וכל יושביה עליה, אבל כל זמן שאין כל יושביה עליה ואין היובל נוהג גם שמיטת קרקע בשביעית אינה נוהגת מן התורה אלא מדרבנן ובהדיא פטר לה קרא מדרשא דוזה דבר השמיטה שמוט דדריש לה רבי בשתי שמיטות הכתוב מדבר, ומ"ש עוד הרב הנז' ז"ל ואדרבא מדברי רבינו נר' דדוקא שמיטת כספים תלה הכתוב ביובל וכו' גם בזה ליתא לע"ד שהרי התו' בקידושין בדיבור הנז"ל כתבו בשם ר"ת איפכא דלאו דוקא שמיטת כספים. נוסף ע"ז דמוכרח הדבר לומר שדברי רבי לגמרי קאמר מהסוגיא דריש מק' דפריך חרישה וזריעה בשביעית מי שרי ומוקי לה אביי בשביעית בזמן הזה ואליבא דרבי דתניא וזה דבר השמיטה וכו' הרי לך דפשטה דשמעתא מוכחא שדרשת רבי לגמרי היא ואפי' בחרישה וזריעה ומכאן ראיה גמורה לשיטת ר"ת, עוד כתב הרב הנז' ועוד שלא מלינו בשום מקום שאמרו שחכמים תקנו שביתת קרקע אף שלא בפני הבית כמ"ש בשמיטת כספים דתקינו רבנן דתשמט זכר לשביעית ע"כ, גם לזה אני אומר שהרי משנה שלימה אין עודרין עם הגוי בשביעית הרי שאפי' בגוי אסור ומכ"ש בישראל, והרי בהניזקין דף ס"ב אהא דתנן מחזיקין ידי גוים בשביעית פרכינן והאמר רב דימי וכו' אין עודרין עם הגוי וכו' ומשני לא צריכא למימר להו אחזוקי. גם מלינו בפ' זה בורר דף כ"ו אמרי' ר' חייא וכו' חזייא להההוא גברא דקא כריב אמר להן כהן וחורש וכו' תו אמרינן התם כהן וזמר, אלמא דשביתת הארץ אף שלא בפני הבית נהגא מדרבנן. וא"כ שפיר מלינו לגדר בדברי הר"מ דשמיטת קרקע מדרבנן היא, עוד כתב הרב הנז' שם וז"ל אך אמנם ראיתי למרן כתב בתשו' בויכוחו עם הרב המבי"ט הביאה מוהרי"ט בראשונות סי' מ"ב וכו' עד מדבריו אלה נר' שהרב חזר בתשו' ממה שפי' דברי רבינו בכ"מ וכו' עד ול"ל שמפרש דברי רבינו מ"ש מדבריהם בפי' דקאי לתרוייהו וכו' גם מ"ש בפ"ד דשביעית נוהגת אף שלא בפני הבית היינו מדבריהם וכו' וכל זה רחוק בעיני וכו', ולי הדיוט כבר פירשתי שמ"ש דשביעית נוהגת אף שלא בפני הבית מדאוריתא היא והיינו בזמן שיובל נוהג וכל יושביה עליה ולעולם דבזמן הזה דרבנן היא וכדפרשי' לעיל ובודאי דהוי חזרה גמורה ממ"ש בב"י י"ד בעד הר"מ דס"ל דהוי דרבנן וכדכתיבנא.

כללא דהאי שמעתא שדעת רובא דרבוותא קמאי ובתראי דשביעית בזמן הזה דרבנן ואפי' חרישה וזריעה וכמ"ש הטור וגם הר"מ ס"ל הכי לפי הזרת מרן וגם המבי"ט בכמה מתשו' ס"ל הכי דהוי מדרבנן אלא דצריך לאוכלן בקדושת שביעית גם מוהרלב"ח בתשו' סי' קמ"ג בקונט' השמיטה העלה כן יע"ש, גם מוהרשד"ם בי"ד סי' קל"ב דף קל"א העלה כן, ומוהרי"ט ז"ל בשניות חי"ד סי' נ"ב כתב כן, אך החולק בזה הוא הרמב"ן הובאו דבריו בס' התרומות שער מ"ה דס"ל דאפי' שמיטת כספים האידנא מדאורייתא היא כאשר יראה הרואה לשם, ולפי זה ראה ראיתי לרחימאה דנפשאי הח' הש' כהה"ר יונה נבון יצ"ו תמה על הרא"ש בפ"ק דמכות שהעלה דשמיטת כספים האידנא דרבנן היא וכתב שכן דעת הרמב"ם והרמב"ן ז"ל יע"ש. והדבר תמוה דאיך כתב כן בעד הרמב"ן ז"ל והלא הרמב"ן ס"ל דהוי דאורייתא כמ"ש בס' הזכות כנז' בס' התרומות. וכדי שלא להניח הדבר אמרתי להלין בעד הרא"ש דס"ל כמו שסיים הרמב"ן בסוף דבריו וז"ל וכבר ראיתי לר' אברהם בפי' במס' ע"ז בשמעתא דרב הונא בריה דרב יהושע דף י' שכתב קמ"ל רב הונא דשמיטת כספים נוהגת ואעפ"י שאין שמיטת קרקעות נוהגת דלא ס"ל כר' יא"נ ס"ל כותיה נמי דמדאורייתא לא נהגא מדרבנן נהגא ואפי' בת"ל תנות את דעתו שהניח את דעתינו וחזר והודה על האמת וכן דעת רש"י ז"ל כמ"ש בפ"ק דע"ז ואין בדבר בית מיחוש וספק ע"כ, והרואה יראה ברש"י בע"ז דף י' ע"ב ד"ה האי מאן דלא ידע וכו' יעויין שם, הנה מדבריו שבסוף נר' שחזר בו וס"ל דהוי דרבנן האידנא ממה שהשיג דברי הראב"ד לדברי רש"י ורש"י הוא מכת הסוברין דאפי' שמיטת קרקעות האידנא דרבנן כדמוכח בסנהדרין דף כ"ו ובפ"ק דקידושין ובמ"ק דף ג' איפשר שמזה למד הרא"ש דהרמב"ן ס"ל דהוי דרבנן מדבריו האחרונים וגם זה דוחק ול"ע.

איך שיהיה הרי להקת נביאים ילאו נלבים דשביעית דחרישה וזריעה כמי דרבנן היא בזמן הזה ואפילו לדעת הר"מ ז"ל כמו שהארכנו, גם אחינוך בפ' משפטים במ"ע ס"ט פירש כל דיני שביתת הארץ מחרישה וזריעה בשביעית ואח"ז כתב ונוהגת בזכרים ובנקבות בא"י בלבד ובזמן שישראל שם שנא' עליה כי תבואו אל הארץ ומדרבנן נוהגת אפי' בזמן הזה בארץ דוקא ע"כ. גם בפ' בהר מלוה שכ"ו כתב וז"ל ונוהגת שביעית בארץ והשמטת כספים בכל מקום מן התורה ובזמן שאין היובל נוהג אין נוהגין כל אלו זולתי שמיטת קרקע בשביעית שנוהגת בארץ מדבריהם, וכן שמיטת כספים בשביעית בכל מקום מדבריהם ע"כ והמקובל אללינו דהחינוך ז"ל לא ימיש כמלא נימא מדברי הר"מ והולך אחר עקבותיו בכל דיני המלות ומדפירש דבזמן שאין היובל נוהג אין נוהג שמיטת קרקע בארץ אלא מדבריהם זה מורה באצבע דס"ל כן להלכה ולמעשה בדעת הר"מ.

ונמצא לפי זה דאיסור חרישה וזריעה בזמן הזה בקרקע ישראל הוי מדבריהם לדעת כל הפוסקים שזכרנו. ומעתה בוא נבוא לבאר איסור פירות הגדלות בקרקע הגוי בזמן הזה, הנה הר"מ ז"ל בפ"ד מ"ה שמיטה דין כ"ט העלה דגוי שקנה קרקע בארץ יש' וזרעה בשביעית פירותיה מותרין, והנה הרב כפתור ופרח פ' מ"ז תמה עליו דמה שהוא אסור מן התורה מפני שבת הארץ וקדושתה לא הופקע אותו איסור בקניינו מטעם שאין קנין לגוי בא"י וכו' ומרן ז"ל כתב עליו לזה דלא דק דבהדיא כתב רבינו בפ"ט ובפ"י דשמיטת קרקע בזמן שאין היובל נוהג אינו אלא מדבריהם ע"כ, וכילם אחזו שע"ר על מרן שזה סותר מ"ש הוא עלמו בפ"מ ובפ"י דדוקא שמיטת כספים הוי מדבריהם אבל שמיטת קרקע הוי מן התורה והניחוהו בתימא הלא בספרתם.

ומעוצר התמיהה אמרתי ליכנס בעובי הקורה ולהלין בעדו בדרך אפשר עפ"י מ"ש רבינו בפ"ו מה' בית הבחירה לחלק בין קדושת ירושלם לשאר א"י דבקדושת ירושלם קדושה ראשונה קדושה לשעתה וקדשה לעת"ל לפי שקדושתה היא מחמת השכינה ואינה בטילה לעולם אבל שאר א"י לא קדשה לעתיד לבא ואפי' בקדושת עזרא דאמרינן דקדשה לעתיד לבוא היינו מדבריהם וזה יורה ממה שסיים הר"מ שם ואעפ"י שנלקח הארץ ממנו וחייב בשביעית ובמעשרות על הדרך שביארנו בה' תרומות, ואילו בספ"א מה' תרומות נר' דס"ל לענין חיוב תרומות

ואתרווייהו קאי. והטעם דס"ל לרבינו כפירו' ר"ת לגמרי שפירש דהכי, דאמרו בזמן שאתה משמט קרקע אתה משמט כספים דפי' שמיטת קרקע ליובל קרי ליה שמיטת קרקע ואתה משמט כספים כל דיני שמיטה קאמר בין חרישה וזריעה בין שמיטת כספים דלעולם אינו נוהג מן התורה דיני שמיטה אלא דוקא בזמן שהיובל נוהג אבל כשאין היובל נוהג אין נוהג שום דבר מהשמיטה אפילו חרישה וזריעה אלא מדבריהם וכן הוא דעת הר"מ כר"ת לגמרי. ומ"ש הר"מ בפ"ד דין כ"ה אין שביעית נוהגת אלא בא"י בלבד וכו' ונוהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית שעל דברי הר"מ אלו בכה דייק מרן ז"ל ויסודות דסבירא ליה דשביעית דחרישה וזריעה בזמן הזה הוי דאורייתא כאשר האריך בזה מרן בכ"מ שם יע"ש. לענ"ד אחר המחי"ר ממרן הקדוש ובקיאות זהב לו נ"ל דאי מהא לא איריא דלעולם ס"ל דבזמן הזה שביעית מדבריהם הוא ומ"ש הר"מ בין בפני הבית בין שלא בפני הבית לאו בזמן הזה קאמר דא"כ הול"ל ונוהגת בכל זמן ומאי בפני הבית ושלא בפני הבית דקאמר, אלא הכונה לפי מה שהסבירו לנו הר"מ בפירוש בענין היובל דנוהג בין בפני הבית בין שלא בפני הבית וכונתו שם מבוארת דהיינו לומר בזמן שכל יושביה עליה היובל נוהג ואפי' שאין ב"ה בנוי שהרי משנכנסו לארץ נהג היובל קודם בנין ב"ה שהרי בנין הבית היה בשנת שמנים וארבע מאות ליציאת מצרים ככתוב במלכים בבנין הבית והם מנו יובלות מיד אחר י"ד שנה דכיבוש וחילוק ארבע מאות שנה קודם שנבנה הבית והטעם מפני שהיו כל יושביה עליה. הרי שאפילו שלא בפני הבית עשו יובלות וגם בזמן הזה אילו יזכה שיהיו כל יושביה עליה אפילו שבית המקדש חרב היה לנו למנות יובלות וטעם שאין אנו מונין ביובל הוא מפני שאין יושביה עליה. ואם כן כשאמר ר' בזמן שאתה משמט קרקע אתה משמט שביעית דמדמינן יובל לשביעית והא בהא תליא א"כ כי היכי דיובל נוהג אף שלא בפני הבית בזמן שכל יושביה עליה גם שביעית נוהגת שלא בפני הבית בזמן שהיובל נוהג אבל לעולם בזמן הזה שאין היובל נוהג הואיל ואין יושביה עליה גם שביעית אינה נוהגת כלל אלא מדבריהם, ונמצא כלל הדברים דמ"ש הר"מ ונוהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית היינו בזמן שכל יושביה עליה אבל האידנא ודאי דמדבריהם היא אף שמיטת קרקע. וסעד לדברי אלה מצאתי ראיתי בדרשות לכמוהר"ח אבולעאפיא יצ"ו בס' עץ חיים בפ' בהר וז"ל ונו איכא למידק בלשון מרן במה שדייק דס"ל לרבינו דשביעית בזמן הזה דאורייתא מדכתב ושביעית נוהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית. וקשה דכ"ל דמ"ש ושלא בפני הבית היינו כשכל ישראל עליה כמ"ש פ"א מה' תרומות ונוהגת שלא בפני הבית ובסוף הפרק כתב דתרומה בזמן הזה דרבנן והשיגו הראב"ד דסותר מ"ש בתחלת הפרק והשיב מרן דמ"ש ושלא בפני הבית כשכל ישראל עליה וכפי זה איך דייק פה מלשון זה דשביעית בזמן הזה מן התורה הא י"ל שפירושו כשכל ישראל עליה וכן פי' גבי יובל כתב רבינו שנוהג שלא בפני הבית ור"ל כשכל ישראל עליה. ותירץ וי"ל דשאני יובל ותרומה שגילה רבינו שבזמן הזה דרבנן מוכרח לומר שמ"ש שלא בפני הבית ר"ל כשיהיו כל יושביה משא"כ שביעית שלא גילה דבעי' כל יושביה מורה שגם בזמן הזה דאורייתא עכ"ל יע"ש. ולענ"ד תירוצו אינו נוח לי שהרי גם שביעית הואיל ותלוי הוא ביובל כמ"ש בפ"ט ופ"י דנ"ים כו' בשתי שמיטות הכתוב מדבר א"כ שביעית דומה בדומה ליובל ונוהג בין בפני הבית ואפי' שלא בפני הבית והיינו כשכל יושביה עליה אז הוא דאורייתא, אבל בזמן הזה ודאי דהוי דרבנן כנ"ל בדעת הר"מ. גם מוהרי"ט בתשו' לי"ד בשניות סי' כ"ב הוכיח

דשביעית בזמן הזה ואפי' שמיטת קרקע הוי מדרבנן ואפי' לדעת הר"מ ודחה דברי מרן הכ"מ שכתב דהוי דאורייתא דליתא וכתב שמצא בספר הר"מ כ"י בלשון הזה בזמן שאין היובל נוהג אין שביעית נוהג עכ"ד יע"ש. הרי לך שדעתו מסכמת כמ"ש דשביעית בזמן הזה הוי דרבנן ושכך מצא בדברי הר"מ וזה סעד למאי דכתי'.

ברם העומד לנגדנו הם דברי מרן שכתב בעד הר"מ דהוי דאורייתא והגם שדבריו סותרין כנז"ל מ"מ לא ידענו אמאן נסמוך, ובר מן דין הרתני רב אחאי יצ"ו בטי"ד סי' של"א שכתב וז"ל ובשביעית היא שמיטה ואסור בחרישה וזריעה ובכל עבודת קרקע ובא"י האידנא מדרבנן ואין בה תרומות ומעשרות ובח"ל שאין שמיטת קרקע נוהגת אפי' מדרבנן וכו' וכתב עליו מרן בב"י וז"ל ובשביעית וכו' פ' השולח אמרינן דשביעית משמטת בזמן הזה מדרבנן ומשמע התם דבין שמיטת קרקע ובין שמיטת כספים לא נהגו בזמן הזה אלא מדרבנן וגם בירושלמי דההוא פרקא מייתי מקרא שאין שמיטה נוהגת אלא בזמן שהיובל נוהג כלומר מדאורייתא אינה נוהגת אבל מדרבנן נהגא וכך הם דברי הר"מ ה' שמיטה פ"ט ופ"י וכתב סמ"ג דהכי קי"ל ודלא כתנאי דסברי דשביעית נוהגת אעפ"י שאין יובל נוהג ע"כ, הרי דמרן הב"י ס"ל בעד הר"מ דשביעית בזמן הזה הוי דרבנן וזמ"ש בפ"ט ובפ"י, וזה הפך מ"ש בכ"מ בפרקים הנז' בעד הר"מ דהוי דאורייתא, הרי לך שחזר בו מרן עצמו והסכימה דעתו דהוי דרבנן ובודאי שמה שכתב בב"י שהיא באחרונה עליו אנו סומכין, ולפי זה עכ"ל דס"ל דמ"ש הר"מ בפ"ד דנוהג בין בפני הבית בין שלא בפני הבית לאו בזמן הזה קאמר אלא בזמן שכל יושביה עליה וכדפרישנא לעיל, ועל פי זה אשכחנא פתרי למה שמצאתי ראיתי בחידושי מהר"ש סיריליו למס' שביעית מכ"י אשר בבית מדרשינו פ' שלש ארצות האריך הרחיב למעניתו להוכיח דשביעית בזמן הזה הוי דאורייתא ונסתייע מדברי הר"מ בחיבורו ושוב כתב מצאתי בתשו' להר"מ וז"ל וחייבים בביעור של שביעית בזמן הזה וזה כלל גדול יהיה בידך שכל המצות הנוהגות בארץ נוהגות בכל מקום ובכל זמן חוץ ממצות שנתפרש בהן שאינן נוהגות אלא בפני הבית והביעור אינו תלוי בפני הבית אלא תלוי בכל מקום שהמעשרות נוהגין ובהדיא תנן במס' שקלים מעשר דגן נוהג בפני הבית ושלא בפני הבית משה בר מימון ז"ל ע"כ, ומרן בתשו' הובאה בתוך תשו' מוהרי"ט הראשונות סי' מ"ב חלק על מוהר"ש סיריליו בענין שביעית ודחה ראיותיו והעלה דהעיקר בדברי הר"מ דשביעית הוי בזמן הזה דרבנן. וגם על מ"ש מהר"ש סיריליו להביא ראיה שפירות הגוי חייבין בביעור מדברי הר"מ והגאונים וכו' עד וכ"ש שקדושת הפירות ואיסורן לאחר שביעית דהוי דאורייתא דפשיטא דאין קנין לגוי בא"י להפקיען מקדושתן לפירות שביעית כדאמרן. ומרן ז"ל דחה דבריו שהרמב"ם מפרש דמה שאמרו אין קנין לגוי וכו' היינו בענין שאם חזר הישראל ולקחה הימנו וכו' אבל כשהיא ביד גוי מופקעת היא ובזה דחה דברי מוהר"ש סיריליו ולע"ד לכאורה איכא למידק דהא מוהר"ש סיריליו מיסתמיך מתשו' הר"מ שכתב בהדיא דמחייב בביעור בזמן הזה ואיך לא שת לבו מרן ז"ל על התשו' דהר"מ הנז'. אך דאחי דכתיבנא ניחא דס"ל למר"ן בעד הר"מ דמ"ש בהאו' דחייבין בביעור מדבריהם הוא ולא מד"ת שהרי תלה הביעור במעשרות וכל מקום שהמעשרות נוהגים חייבים בביעור ואילו במעשרות בהדיא כתב הר"מ דנוהגים בפני הבית ושלא בפני הבית מן התורה היינו בזמן שכל יושביה עליה אבל בזמן הזה שאין כל יושביה עליה מדבריהם היא ה"נ בביעור בזמן הזה מדבריהם הוא דמיחייב ולא מן התורה ובזה נדחו דברי מוהר"ש סירליו גם לענין ביעור כנ"ל

ליסב

דברי הרא"ש בס' מוהר"ס רביה, ומכ"ש דגם מוהריק"ו הגם שהביא סברת הרא"ש מ"מ לא עשאה עיקר להלכה ואדרבא לענין דינא בכ"ד דן את הדין בס' מוהר"ס דס"ל דזקיפה מהני גם לרבית שיעלה ועליה נסמך מוהריק"ו להתיר בכ"ד כאשר יר' הרואה ולכן ודאי דהלכה למעשה עדיף ונמלא דגם מוהריק"ו מן המכין להסכים להתיר בכ"ד ללאת ערב אפי' הוראתו למעשה, וא"כ הדין יולא לכ"ד להתיר ככ"ל כעת .

ישראל מאיר מזרחי .

סימן ד' .

דיני שביעית .

שאלה אשה אלמנה נתנה מעות לגוי אחד עובד אדמה בשנת השמיטה סך מה לזרוע לה בעד הסך הנז' תבואה בקרקע הגוי לה לשמה וכל אשר יעלה מהתבואה בין רב למעט הכל יהא לה לשמה ואין לגוי שום חלק בתבואה לא כחוכר ולא כמקבל ולהיות הגוי גמול חסד מהאלמנה הנז' כתרלה וכיאות ועשה והלליח אך האלמנה הנז' לא ידעה אם השנה ההיא היתה שנת השמיטה אשר היא קדש לה' לא יעבד בה ולא יזרע, ושוב לאחר מעשה כאשר הוגד לה שהיה שנת השבע שנת השמיטה נפשה לשאו"ל הגיע אם תבואה זו שריא או לא על הדין ועל האמת ושכמ"ה .

תשובה בעזר שוכן רם מעלה ומטה הוא יהיה בעוזרי להבין דבר השמיטה, והנכי הרואה כי שאלה זו אדניה הוטבעו על ב' חקירות, ראשונה לתור ולדעת אם שמיטה בזמן הזה היא דאורייתא או דרבנן, שנית לדעת אם יש שליחות לגוי להחמיר או לאו. ואניף ידי אל החלק הראשון בס"ד דע לך כי שורש דבר זה הוא פתוח בההיא דפ' השולח דף ל"ו אמאי דתקן התקין הלל פרוזבול פרכינן עלה ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית והתקין הלל דלא . משמטה אמר אביי בשביעית בזמן הזה ור' היא דתניא רבי אומר וזה דבר השמיטה שמוט בשתי שמיטות הכתוב מדבר א' שמיטת קרקע וא' שמיטת כספים בזמן שאתה משמט קרקע אתה משמט כספים ורש"י ז"ל פי' דהלל כר' ס"ל דאמר שביעית להשמטת מלוה בזמן הזה דרבנן שמעינן מינה דאליבא דר' שמיטת כספים מדרבנן היא בזמן הזה. אבל לא פורש מזה אי שמיטת דחרישה וזריעה בזמן הזה אי מדרבנן או מדאורייתא. מיהו התו' שם ד"ה בזמן שאתה משמט וכו' הוקשה להם מההיא דריש מועד קטן דף ג' דפריך חרישה וזריעה בשביעית מי שרי, ומשני אביי בשביעית בזמן הזה ור' היא דתניא וזה דבר השמיטה וכו' דהו"ל לאתויי ההיא דהירושלמי ולא ההיא דר' ומכח קושיתם תירץ ר"ת ז"ל דהשמטת קרקע דהכא ודהתם לא איירי בחרישה וזריעה אלא בשדות החוזרות לבעלים ביובל והשמיטה קרקע קרי ליובל ולשביעית השמטת כספים דשמיטה משמטת כספים ולא יובל ע"כ. ובאמת דלכאורה תירוץ ר"ת מגומגם דאיך כתבו דלא איירי בחרישה וזריעה. דא"כ איך יתורץ ההיא דמק' דהקשו דמוכח דבחרישה וזריעה קאי, וראיתי בחידושי הלכות נרגש מזה וכתב וז"ל ומיהו מייתי התם שפיר אחרישה וזריעה דנוהג בין ביובל ובין בשביעית והיינו בזמן שנוהג השמטת קרקע נוהג נמי השמטת כספים דהיינו שביעית לענין חרישת קרקע וכההיא דהירושלמי ודוק עכ"ל . ורואה אנכי כי עם כל זה לא הועיל כלום כמ"ש דהיינו יובל לענין חרישת קרקע שזה לא יתכן ליאמר בדברי ר"ת דהלא כתוב ומפורש בדברי ר"ת דשמיטת קרקע דהכא ודהתם לא איירי בחרישה וזריעה וכו', וא"כ איך יתכן להבליע בנעימה וליחס בדברי ר"ת דבאיסור חרישה וזריעה דיובל קאמר אין זה אלא תימא ושלא בדקדוק כתב כן והנ"ל עיקר בכונת דברי ר"ת כי הגם שדבריו סתומים כאן הלא המה עשירים בקדושין פ"ק דף ל"ח ע"ב ד"ה השמטת כספים חובת הגוף היא וכו' ומשם באר"ה וירוה למאוכך וילמד סתום מן המפורש דוק ועיין היטב . וזה בעלמו כונת דברי ר"ת דהכא למדקדק היטב ותו לא מידי וזה פשוט וברור מאד .

ונלמד מדברי התו' דקידושין הנז' דלענין חרישה וזריעה בשביעית בזמן הזה איסורו מדרבנן בין לפי' רש"י בין לפי' ר"ת, והיינו דאיכא ביניהו דלרש"י יליף לה מן הירושלמי, והר"ן ז"ל בגיטין אזיל לפי' ר"ת כאשר יר' הרואה. גם הרשב"א בחי' לגיטין נטה לו כפי ר"ת יע"ש .

אך העומד לנגדנו הוא הגבר הגדול הרמב"ם בה' שמיטה ויובל לפי מ"ש מרן בכ"מ בפ"ד דין כ"ה ובפ"ט דין א' ובפ' יו"ד דין ט' הכריע בעדו דס"ל דהשמטת קרקע בחרישה וזריעה בזמן הזה הוי דאורייתא יע"ש, וכבר עמדו עליו הר' גד"ת בשער מ"ה ובס' משנה למלך פ"ד והרב פ"ת א"ת בשיטתו לגיטין דף ו' ע"ב והניחוהו בתימה כאשר יר' הרואה והכריע הפ"ת דהעיקר דס"ל דהוי מדאורייתא בזמן הזה עיין עליו, גם הרמב"ן הביאו בס' התרומות שער מ"ה ס"ל דהוי מן התורה יע"ש . ובאמת דיותר הקושי הנופל על מרן בכ"מ הוא מסתירת דבריו אהדדי דמאחר דבפ"ד ובפ"ט ובפי' הכריע בעד הר"מ דס"ל דחרישה וזריעה בזמן הזה אסיר מדאורייתא א"כ איך בפ"ד דין כ"ט על מה שתמה עליו בס' כפתור ופרח כתב מרן ז"ל להלין בעד הר"מ דלא דק הכפתור ופרח דבההיא כתב רבינו בפ"ט ובפ"י דשמיטת קרקע בזמן הזה שאין היובל נוהג אינו אלא מדבריהם והלא בפ"ט ובפ"י כתב מרן בעד הר"מ איפכא דס"ל דחרישה וזריעה הוי מן התורה ודברי מרן סתרי אהדדי וכאשר עמדו נוכא דאריוותא וזו ודאי תמיהה רבתי, ותמיהה זו בעלמה נופלת על מרן מוהריק"א בתשו' הובאה בתשו' מוהרי"ט בראשונות סי' מ"ב שנתעלם עם המבי"ט שדן לנהוג דיני שביעית בפירות הגוים הגדלים בארץ ומרן ז"ל סתר כל ראיותיו אחת לאחת. ובכללן שהמבי"ט הביא ראיה מדברי הכפתור ופרח שכתב שמה שהוא אסיר מן התורה מפני שבת הארץ וקדושתה לא הופקע בקנין הגוי ומוהריק"א שם תפס עליו בזה דאין מזה ראיה יען שדברי הכפתור ופרח הם מיוסדי' משום דס"ל דשבת הארץ וקדושתה הם מן התורה בזמן הזה, וזה אינו שהרי כתב הר"מ ז"ל בפ"ט ובפ"י דשמיטת קרקע בזמן שאין היובל נוהג אינו אלא מדבריהם וא"כ אזדא לה הנהה. עוד האריך בזה שם וכתב כ"ש שכבר נתבאר שאומר דברים אלו לא חש לקמחיה שדבריו מיוסדי' ששבת הארץ וקדושתה בזמן הזה הוא מדאורייתא וכיון שכבר נתבאר שדעת הר"מ ז"ל שאינם אלא מדרבנן אין כאן תמיהה אלו תורף דברי מרן מהריק"א ז"ל שהשיב על המבי"ט בתשו' הנז"ל יע"ש באורך. ובאמת כי התמיהה מבוארת כי מאחר שהוא בפ"ט ובפ"י כתב בעד הר"מ ז"ל דס"ל דשביעית דחרישה וזריעה בזמן הזה הוא מדאורייתא א"כ היאך דחה דברי המבי"ט ונמלא סותר עלמו ממ"ש בחיבורו על היד עם מ"ש בתשו' הנז'.

ולולא דברי מרן שהעלה בעד הר"מ דס"ל דבזמן הזה הוי דאורייתא, אני לעלמי היה נ"ל לומר בעד הר"מ דס"ל דבזמן הזה הוי דרבנן ומ"ש בפ' עשירי דין ט' ובזמן שאין היובל נוהג איני נוהג א' מאלו חוץ משביעית בארץ והשמטת כספים מ"מ מדבריהם, דהאי מדבריהם קאי נמי גם על שביעית בארץ דהוי מדבריהם ואתרוייהו

ה"נ ברבית דלאחר מיתה דכוותא דלא שקיל ולעולם דרבית שעלה קודם מיתת אביו קא שקיל לכ"ע מאחר דנזקף עליו במלוה ומעת הזקיפה כגבוי דמי אבל מה שיעלה אח"כ לא. ובהכי אתיא הך סוגיא שפיר לדעת רש"י ומוהריק"ו ודעימיה.

א"נ דהגם דבעלמא ס"ל דרבית שעלה מעת הזקיפה הוי כגבוי ס"ל דגבי בכור שאני מאחר דשנה עליו הכתוב בכל אשר ימצא לו לעכב ולומר דגבי בכור הוי ראוי אבל בעלמא לא כנ"ל ודוק.

אבן רואה אנכי דאין לחלק בין ירושת בכור לעלמא שהרי בתשו' המיוחסו' להרמב"ן סי' רכ"ג נסתפק על רבית הכתוב בשטר אם אפשר לזכותו במכר או במתנה ודקדק מהך סוגיא דפ' יש נוחלין דלא מצי לזכוני יע"ש. הרי שדימה דין הבכור לעלמא וכי היכי דגבי בכור ס"ל לרבנן דלאו כגבוי דמי ה"נ בעלמא ולכן מחוורתא כדשנינן מעיקרא. אלא דקשיא לי על מ"ש הש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק ס"ג על מ"ש הרב המפה סעיף ל"ב ואם מכר לו ש"ח של גוי ומחלו צריך לשלם לו אף הרבית שעלה עליו וכתב הש"ך ז"ל דברי הרב צ"ע דנהי שכתב הב"י מח"ו כב' בשם תשו' רשב"א ורבינו ירוחם וכו' דצריך לשלם לו גם הרבית מ"מ הרי הרשב"א גופיה בתשו' אחרת נסתפק אם יכול למכור כלל הרבית והיא בתשו' הרמב"ן סי' רכ"ג וכיון שכן כיון שאין הרבית נמכר אע"ג דהיה יכול לגבותו אינו חייב לשלם דמניעת הריוח לא הוי היזק ופשי'. דהר"ש בתשו' רמב"ן שם מיירי אף ברבית שעלה כבר כדמשמע התם להדיא וכו' עד ובעל כרחין צ"ל דהרשב"א ורבי' ירוחם שכתבו דצריך לשלם לו אף הרבית מיירי כשזקף עליו הרבית בשטר במלוה ואז הו"ל כגבוי וכדמוכח בש"ס פ' איזהו נשך וכו' אבל מלשון הרב שכתב אף הרבית שעלה עליו לא משמע כן ול"ע עכ"ל. וכונתו בזה דדברי הרב' המפה שכתב אף הרבית שעלה עליו משמע דלא איירי בזקפו עליו הרבית בשטר וא"כ לדידיה כמלאו דברי הרשב"א דקשין אהדדי ולהכי הניחה בצ"ע, ולגידי לא קשיא לי כלל דברי הרב, דאיברא דס"ל שדברי הרשב"א ורבינו ירוחם מיירי בזקף עליו הרבית בשטר. מיהו מה שכתב אף הרבית שעלה עליו כונתו בזה להשמיענו דאפי' דזקף הרבית בשטר לא גבי אלא הרבית שעלה עליו דוקא דזהו הוי כגבוי אבל למה שיעלה מכאן ואילך לא הוי כגבוי וכדעת רש"י ז"ל ומוהריק"ו ז"ל בדעת הרא"ש ז"ל בפ' הרבית דסבירא ליה כן דלא חשיב גבוי אלא מה שעלה קודם הגירות אבל מה שיעלה אחר הגירות לא הוי כגבוי ה"נ דכוותא דאף שזקפו לא גבי אלא דוקא הרבית שעלה וזהו הוא דמחייב לשלם שהרי הזיקו במה שמחלו. ומ"ש הרב המפה אף הרבית שעלה עליו ה"פ דמלבד הקרן מחייב לשלם לו אף הרבית שעלה עליו בדוקא מאחר דהוי כגבוי אבל הרבית שיעלה לא וכסברת מוהריק"ו ודעימיה ובזה סרה מהר תלונתו מעל הרב המפה. כי עפ"י החילוקו אשר שם הש"ך בדברי הרשב"א אהדדי מיתוקמו גם דברי הרב המפה שפיר שכונתו כדכתיבנא ועלו ובאו על נכון, אמנם תירוץ הש"ך גופיה במה שרצה להשוות דברי הרשב"א אהדדי דמ"ש הרשב"א ורבי' ירוחם מיירי בזקף עליו הרבית וכו' משמע דס"ל דמ"ש בתשו' הרמב"ן סי' רכ"ג דלא מצי למיזבן הרבית מיירי בלא זקפן עליו. והא ודאי לא שמיע לי כלומר לא סבירא לי כלל. חדא שהרי מדברי הרמב"ן במ"ש בתשו' הנז' ומכאן נסתפק לי זה כמה, רבית הכתוב בשטר אם אפשר לזכותו במכר או במתנה כלל וכו' והביא ראיה מההיא דפ' יש נוחלין, פשט הדברים מוכחו דמיירי בזקף הרבית בשטר, ואפי"ה העלה דאינו יכול למכרו משום דלא הוי כגבוי וראיתו מוכחת עליו מההיא דיש נוחלין לענין בכור דאסקינן דלא גבי הרבית בשטר משמע אפי' בזקף לא מהני, וא"כ איך העלה הש"ך דיארוכה למחלתו בחילוקו, והנר' לי בישוב דעת הש"ך דס"ל דתרי מיני זקיפות איכא. דמה דאמרינן דזקיפת רבית מהני דהוי כגבוי היינו דוקא כשכתוב בשטר חייב אני לך מאה ועשרים ולא הוזכר שם רבית כלל אלא דכלל הקרן עם הרבית בשטר ודוקא בזקיפא כי האי הוא דאמרינן דכגבוי דמי ובהכי מיירי הרשב"א ורבינו ירוחם שכתבו דבמוכר שט"ח ומחלו דחייב לשלם הרבית אמנם הך תשו' דהרמב"ן מיירי ברבית הכתוב בשטר בפי' כגון שכתוב לויתי מאה במאה ועשרים לשנה דאף שהרבית ג"כ כתוב בשטר מ"מ כל כי הא לא חשיב כגבוי דמאחר שמוזכר הרבית בפי' שהעשרים הוא לשנה נמצא שבכל יום ויום הוא מרויח ואי בעי לסלוקי בזוזי תוך השנה אין פורע לו כל העשרים של הרבית רק הרבית שעלה לפי רוב הימים היוצאין ובודאי דבזה אף הכתוב בשטר לא חשיב כגבוי והיא גופא מיירי הך שמעתתא דפ' יש נוחלין דברבית כזה הוא דלא הוי כגבוי אבל בזקף ממש הרבית עם הקרן וכללו בתוך השטר וכתב חייב אני לך מאה ועשרים סתם אז ודאי דחשיב זקיפה שפיר והוי כגבוי ובזה עלו ובאו דברי הרשב"א על נכון לפי תירוץ הש"ך.

אבן אי קשיא הא קשיא ממה שראיתי איש עמיתי כמהר"י ערוך יל"ו תשו' להרשב"א ז"ל הביאה הב"י בח"מ סי' ק"ד מחו' ח' ז"ל כתב הרשב"א שאלה: שנים שהלוו לגוי בזה אחר זה ואין בנכסי הגוי לזה ולזה וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן ורבית טען שמעון קרן והרבית שהרווחת קודם אתה נוטל ומן המותר אגבה קרן חובי לפי שלא חל חוב הרבית מזמן השטר אלא בכל יום הוא מתרבה והוא יכול לפורעו בכל עת ולסלקו. תשובה: אין בדברי שמעון כלום לפי שמשעת זמן השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו וכהדיא שנינו גבי פוסק לזון את בת אשתו שניזונית מנכסים משועבדים וכו' והטענה שאמרת דאי בעי למפרעיה וכו' מההיא נמי שמעינן וכו' יע"ש, הנה מתשו' זאת נר' דס"ל להרשב"א דרבית דגוי אפי' שלא זקפו עליו במלוה כגבוי דמי ממה שהעלה שהדין עם ראובן לגבות החוב והרבית, וא"כ מה נסתפק אם יכול למכרו או ליתנו במתנה והעלה דלאו כגבוי דמי הרי מתשו' הלז משמע דכגבוי דמי. ובשלמא בההיא דמחלו שכתב דחייב לשלם גם הרבית ניחא משום דס"ל דכגבוי דמי אפי' בלא זקיפה אבל הך תשו' דרמב"ן סי' רכ"ג קשיא, והנר' לומר לזה והוא דא"כ תיקשי לן הך סוגיא דפ' הרבית דמפליג בין זקפו עליו במלוה ללא זקפו כנ"ל ומה יענה הרשב"א להך סוגיא. אלא ודאי דלענין ב"ח גופיה ודאי שהדין נותן דאף דלא זקפו כגבוי דמי וכדיהיב טעמא הרשב"א לפי שמשעת זמן השטר חייב עצמו בכל הרבית ודוקא לענין גוי ונתגייר הוא דמפלגינן בין זקפו קודם שנתגייר לזקפו אחר הגירות, אבל לענין שיהיה ממש כשלו שיוכל למוכרו או ליתנו במתנה בהא ודאי דס"ל דלאו כגבוי דמי לענין זה דומיא דבכור דלא חשבינן ליה כגבוי ה"נ לענין מכירה או מתנה. אמנם לגבי הב"ח גופיה ודאי דחשבינן ליה כגבוי לומר דמההיא שעתא זכה ביה ניהו כנ"ל כעת בישוב דברי הרשב"א ז"ל. כלל העולה דרבוותא זולתי מוהריק"ו ז"ל כ"ע סברי מרנן דלענין הרבית משעת זקיפה חשיב כגבוי בין לרבית שעלה ובין לרבית שיעלה וגם מוהרא"נ"ז שקרא ערער מ"מ לענין הלכה לא פורש מאי דעתיה כי לא זכינו לאורו ובכן אם נלך ונדון אבתריהו הדבר יוצא לנ"ד דהלכתא כריא"ז ומוהריק"ם והרב המאסף דכל שזקף הרבית עם הקרן יכול ישראל להיות ערב בשבילו. ומה גם דס' מוהריק"ו הכל תמהו עליה כאשר הזכרנו לעיל דיותר נוטים

דברי

דפ' הרבית דף ע"ב דת"ר ישראל שלוה מעות מן הגוי בריבית וזקפן עליו במלוה ונתגייר אם עד שלא נתגייר זקפן עליו במלוה גובה את הקרן ואת הריבית ואם משנתגייר זקפן עליו במלוה גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית משמע דבתר זקיפה אזלינן דכיון דזקפן עליו במלוה הוו כקרן גמור. ואיכא למי' דהיינו דוקא שעלה הרבית ואח"כ זקפו עליו במלוה דכיון שכבר נתחייב בו מקודם וזקפו עליו וכתב לו כך וכך אני חייב לך הוי כקרן, אבל ריבית שלא עלה עדיין אפשר דאין זקופה מועלת ורש"י ז"ל כתב שם וזקפן עליו לאחר זמן חשב עמו על הריבית וזוקף הכל ביחד במלוה וכותב לו שטר עליהם. כך וכך אני חייב לפ' וגובה את הריבית דמשעת זקיפה הוי כגבוי ודבריו נוטים למ"ש. אבל מדברי מוהר"ס ז"ל בתשו' שהביא המרדכי בשמו נראה דאפי' ריבית שעתיד להעלות שזקפו עליו מעתה במלוה חשיב זקיפה שכתב על אודות המלאר שהלוה מיהודי ך' ליטרין בל' וכו' שחייב לשלם כל הל' דבתר זקיפה אזלינן וכו' כדאמרינן פ' הריבית וכו' יע"ש. והן אמת נלע"ד דטעמיה דמוהר"ס דמדקאמר תלמודה זקפו עליו קודם שנתגייר גובה וכו' ולא מפליג בין רבית שהעלה לרבית שיעלה אלמא דס"ל דכל שזקפו בהיתר מהני אפי' לרבית שיעלה. דאי לאו הכי ליפלוג וליתני בדידה דאף בזקפו קודם שנתגייר לא מהני אלא ברבית שעלה ומדלא מפליג בהכי ש"מ דס"ל לתלמודא דאין לחלק בין רבית שעלה לרבית שיעלה דבכל גוונא שרי כל שזקפו קודם שנתגייר.

והרא"ש ז"ל כתב וז"ל ישראל שלוה וכו' ואם משנתגייר זקפן עליו גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית ואפי' ברבית שעלה עליו קודם שנתגייר דלא זקפן עליו קודם שנתגייר במלוה השתא הוא דשקיל מיניה רבית ע"כ. והרב מוהרא"ח ז"ל כתב שיותר נוטים דברי הרא"ש שדעתו להתיר אף ברבית שיעלה כל שזקפן עליו והכריח הדבר מדהוצרך הרא"ש לומר ואפי' ברבית שעלה עליו קודם, דבשלמא אם בזקפן קודם שנתגייר ס"ל להרא"ש דלגמרי שרי ואפי' ברבית שיעלה אמטו להכי הוצרך להשמיענו דבזקפן לאחר שנתגייר אפי' ברבית שעלה דאסיר דסד"א דדוקא רבית שיעלה הוא דאסיר אבל רבית שעלה שרי קמ"ל דאפי' ברבית שעלה אסיר. אלא אי ס"ל דגם בזקפן קודם שנתגייר לא שרי אלא רבית שעלה א"כ מה בא להשמיענו בזקפן לאחר שנתגייר דאפי' רבית שעלה אסיר הא ודאי פשיטא דאי לאו הכי מה בין זקפן קודם שנתגייר לאחר שנתגייר. אלא ודאי דס"ל להרא"ש דאפי' רבית שיעלה שרי בזקפן קודם שנתגייר, זה הכריח מוהרא"ח בדעת הרא"ש.

אבן רואה אנכי כי מחלוקת קדומה בפי' דברי הרא"ש נחלקו ההרים הרמים ה"ה מוהריק"ו ס"' קל"ו והרב תה"ד סי' ש"ג כאשר הובאו האנשים ביתה יוסף בי"ד סי' ק"ע וסי' קע"א דמוהריק"ו תפס במושלם בדעת הרא"ש דלא מהני זקיפה דקודם שנתגייר אלא דוקא לרבית שעלה, והתה"ד ס"ל בעדו דאף לריבית שיעלה התיר הרא"ש.

וראה ראיתי בס' גידולי תרומה דף רל"ח ע"ב תמה על מוהריק"ו איך מלא מקום לומר דסבר הרא"ש בישראל שלוה מגוי שאינו גובה מה שעלה אחר הגירות דא"כ מאי האי דכתב הרא"ש ואם משנתגייר וכו' אינו גובה אפי' ברבית שעלה וכו' דכיון דלמוהריק"ו אף כשזקפן קודם שנתגייר כל עצמו של היתר אינו אלא דוקא במה שעלה קודם א"כ ע"כ מאי דקאמר בבריתא שאסר בזקף אחר שנתגייר הוא בהכרח מה שעלה קודם שנתגייר דאי במה שעלה אח"כ הא אפי' זקפו קודם שנתגייר אסור וא"כ מה משמיענו הרא"ש באומרו ואפילו רבית שעלה

וכו' ולא הי"ל להרא"ש אלא לתת בו הטעם ולומר ואם משנתגייר וכו' דכיון שלא זקפן וכו' ולא היה צריך לומר ואפי' רבית שעלה וכו' עכ"ל יע"ש.

ולעד"נ נהלין דעיקר מה שלמד מוהריק"ו לומר בדעת הרא"ש הוא ממ"ש ואפי' רביה שעלה וכו' דלמה לו להרא"ש בדברים אלו. אלא ודאי דכונה מכוונת כתב כן, שאם היה מביא הבריתא בגירתה והיה נותן טעם לבד כיון דלשון הבריתא סתמא קתני ואפשר לפרשה דמ"ש זקפן קודם שנתגייר גובה את הקרן ואת הריבית דלגמרי קאמר ואפי' רבית דאחר גירות וכמ"ש התה"ד א"כ גם אם הרא"ש היה מביאה בסתם היינו מפרשים אותה כן. לאפוקי מזה הוצרך הרא"ש ז"ל להוסיף ואפי' ברבית שעלה קודם וכונת דבריו לומר דלא מיבעיא בריבית שיעלה דאסור דאפי' בזקפן קודם שנתגייר אסור אפי' ברביה שיעלה וה"נ אסור אלא אפי' ברבית שעלה דבזקפן קודם שנתגייר שרי הכא אסור מטעם דיהיב הרא"ש דכיון דלא זקפן קודם השתא ניהו שקיל ריביתא, כנ"ל פי' דברי הרא"ש ז"ל ומהכא הוא דנפקא ליה למוהריק"ו כן בדעת הרא"ש ז"ל ודוק.

איך שיהיה לענין זקיפת הרבית שעלה דעה הכל מסכמת דכל שזקפן קודם שנתגייר הרי הוא כגבוי ולא נחלקו הפוסקים אלא ברבית שיעלה, דלדעת מוהריק"ו בדעת הרא"ש לא מהני וכן נוטים פירש"י וכמ"ש מוהרא"ת דבמה שעלה הכל מודים דמשעת זקיפה כגבוי דמי.

ואיברא דקשיא לי מההיא דפ' יש נוחלין דף קכ"ד ע"ב דאמרינן שלחו מתם בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית ופי' רשב"ם במלוה של גוי אבל לא בריבית אעפ"י שכתוב בשטר ומלוה כמאן דגביא דמיא הואיל ינקיט שטרא אבל ריביה אע"ג דנקיט שטר וכבר עבר הזמן משמת אביו לא דאין לך ראוי כזה דבר שלא היה שלו מעולם וכו' יע"ש. הרי דאפי' בריבית הזקוף בשטר ועלה כבר הוי ראוי ולא גבי. וא"כ היאך כאן אמרינן דזקופת ריבית הוי כגבוי לענין רבית שעלה. ויש לתרץ בחדא מתרי גווני או שמא דכל הני רבוותא יסברו ההיא דבכור דלא כפי' רשב"ם דהא דאינו נוטל ברבית היינו רבית שיעלה מעת המיתה והלאה אבל רבית שעלה קודם לכן מההלואה עד מיתת האב מאחר דזקפו בשטר הוי כגבוי ונוטל פי שנים ודלא כפי' רשב"ם. או אפשר דאתי אפי' לפירוש רשב"ם וע"כ לא קאמר רשב"ם דאינו נוטל אלא רבית שעלה משמת אביו ואילך דלהא ריביתא הוא דאינו נוטל משום דעיקר זכיית הירושה הוא משעת מיתת אביו והך רבית דמשעת מיתה ואילך אף דנזקף קודם מיתה מ"מ כל שלא עלה קודם מיתת אביו מה שיעלה אח"כ הוי ראוי מה שיעלה מעת המיתה ואילך, אבל מה שעלה קודם מיתת אביו גם רשב"ם יסבור דנוטל פי שנים דמאחר שנזקף עליו קודם המיתה הו"ל כגבוי, ואל יקשה עליך לפי זה דא"כ כדפריך עלה דההיא דשלחו מתם למאן אי לימא לרבנן השתא וכו' אלא לר' ולר' ברבית לא והתניא רבי אומר בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית ומשני לעולם רבנן וכו' לוקמא לעולם כר' והא דשלחו מתם היינו ברבית שיעלה לאחר מיתת אביו הוא דלא שקיל, וההיא דר' דקאמר דנוטל ברבית היינו ברבית שעלה קודם מיתת אביו. הא לא קשיא חדא דטפי עדיף לאוקומא כחכמים דרבים ניהו מלאוקומא כר' דיחידאה הוא, ועוד דמאחר דר' ס"ל דבשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם שקיל, א"כ לדידיה אף ברבית שיעלה לאחר מיתה ס"ל לש"ס דודאי שקיל לדעת ר' דלא גרע משבח ששבחו הנכסים לאחר מיתה דשקיל ה"נ ודאי דשקיל והלכך לא מצי לאוקומא כר' ומוקי לה כרבנן דכי היכי דלדידהו לא שקיל בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתה

סכנה היה לו להתיר לגמרי אפי' ברפואה שאינה ידועה. אלא ודאי מדכתב סתם משמע דס"ל לכולהו ליסני שהתירו לא התירו אלא דוקא ברפואה ידועה. ודומה לזה כתב הרא"ש פ' כל שעה בעובדא דרבינא הנז' דלצורך רפואה מותר אע"ג דלית בהו סכנה אבל שלא לצורך רפואה אפי' שלא כדרך הנאתו אסור. מדקא"ל ר' יוחנן אין לוקין עליהן אלא דרך הנאתן משמע מלקות הוא דליכא הא איסורא איכא יע"ש. ה"נ ס"ל למוהר"מ דכל שאינה רפואה ידועה מלקות הוא דליכא הא איסורא איכא בין בחולי של סכנה וכדרך הנאתו ובין בחולי שאינו של סכנה ושלא כדרך הנאתו, וראיה לזה הוא ממ"ש מההיא דהניח חלב שור הנסקל ע"ג מכתו דפטור אבל אסור והיא שלא כדרך הנאתו הוא כדקאמר הש"ס להדיא בפ' כל שעה ואמאי אמרו דפטור אבל אסור הלא כל שהוא שלא כדרך הנאתו אפי' בחולי שאינו מסוכן שרי כמו שנראה מעובדא דרבינא דשייף בגוהרקי דערלה דמשמע דמותר גמור הוא כל שאינו דרך הנאתו אלא ודאי עכ"ל דההיא דהניח חלב דאמרו דפטור אבל אסור ברפואה שאינה ידועה היא, וההיא דגוהרקי דערלה שהותר שלא כדרך הנאתו ברפואה ידועה היא, ולפי' זה מ"ש מוהר"ס מ"מ היכא דאיכא סכנה מותר כי ההיא דגוהרקי דערלה וכו' הכי קאמר דבדאיכא סכנה מותר גמור או ברפואה ידועה ואפי' כדרך הנאתו או ברפואה שאינה ידועה כשהיא שלא כדרך הנאתו כגון גוהרקי דערלה דאז בכולהו שרי בדאיכא סכנה. אבל בדליכא סכנה לא שרינן אלא שלא כדרך הנאתו וברפואה ידועה. וזו שכתב אח"כ אבל בזה המעשה יכול להיות שהוא דרך הנאה וכו' ואסור כיון שאינה רפואה ידועה. השמיענו שאפי' שבנדון דידיה הוי חולי של סכנה מ"מ מאחר שהוא דרך הנאתו אסור הואיל ואינה רפואה ידועה שאם היה שלא כדרך הנאתו הי"ל להתיר אפי' ברפואה שאינה ידועה הואיל דהוי חולי של סכנה והוי שלא כדרך הנאתו ככ"ל בביאור דברי מוהר"ס בויתור תמיהת רב אחאי ילי"ו ודוק היטב.

ונמצאו כללן של דברים בדעת מוהר"ס דס"ל דבחולי מסוכן אם באת להתרפאת באיסורין אם היא רפואה ידועה שרי אפי' כדרך הנאתן, שנית דכל שהוא שלא כדרך הנאתו מותר כל שהוא חולי מסוכן ואפי' ברפואה שאינה ידועה, ובחולי שאינו של סכנה לא הותר שלא כדרך הנאתו אלא דוקא ברפואה ידועה הא לאו הכי אסור ואפי' דהוי שלא כדרך הנאתו כיון שהוא חולי שאין בו סכנה ככלע"ד. ומ"ש מוהר"ס בסוף דבריו ז"ל והמחאת רפואה שמא אין צריך המחאה כ"כ כמו הקמיע וכו' ביאור דבריו כ"ל עפ"י מ"ש בפ' במה אשה דף ס"א לענין קמיע מומחה איזהו קמיע מומחה כל שריפא ושנה ושלש וכו' ופי' רש"י ז"ל והא דקתני כל שריפא ושנה ושלש מיירי בחולי א' וכתבו זה הלחש ורפאו ג' פעמים או לאדם אחד או לשלשה וכו' יע"ש, וכיוצא בזה כתבו התו' שם ד"ה חד קמיע לתלת גברי וכו' יע"ש. מיהו הר"מ ז"ל בפי"ט מה' שבת דין י"ד כתב ואיזהו קמיע מומחה זה שריפא לג' בני אדם וכתב על זה ה"ה דמדברי רבינו נר' שהוא מפרש לג' בני אדם בדוקא אבל לאדם אחד ג' פעמים אין זה נקרא מומחה ודלא כפי' רש"י יע"ש, ועיין בטא"ח סי' ש"א מה שהאריך מרן הב"י בזה יע"ש, ולבסוף כתב שדעת הר"מ הוא דאינו נקרא קמיע מומחה אלא שריפא לג' בני אדם בדוקא אבל לאדם אחד שריפאו ג' פעמים מחולי אחד אין זה קמיע מומחה. ועפ"י זה אבאר מ"ש מוהר"ס והמחאת רפואה שמא אין צריך המחאה כ"כ כמו קמיע. פי' דבהמחאת קמיע כדי שיהיה מומחה צריך דוקא שריפא לג' בני אדם אבל לאדם אחד שריפאו שלש פעמים אין זה מומחה. אבל בהמחאת רפואת השרן אם אנו רואים שריפא ג' פעמים לאדם אחד מחולי הנכפה דיין בכך להקרא רפואה מומחה שזה מורה שהשרן מרפא מכח חוזק טעמו ואפי' שלא ריפא לג' בני אדם אפ"ה קרוי מומחה ושרי להאכילו לחולי הנכפה וזהו שסיים אח"כ ואע"ג דאמרינן בהמפלת דאיכא גופא דלא מקבל סמא פי' והיכי אמרינן דדיו בשריפא ג"פ לאדם אחד ולא בעי' לג' בני אדם הלא מאחר דאיכא גופא דלא מקבל סמא לא היה לנו לומר דמיקרי רפואה מומחה אם לא שריפא לג' בני אדם אפי' הכי היה לנו להקל להקראת רפואה מומחה בשריפא השרן ג"פ לאדם אחד מחולי הנכפה ולא להחמיר ולומר דבעי' ג' בני אדם דומיא דקמיע אין אנו מחמירין כ"כ אלא כל שריפא ג"פ לאדם אחד דיו אבל אם אפי' בזה לא ראינו שריפא אפי' לאדם אחד ג"פ ודאי שאינה רפואה מומחה כלל ואין להקל להאכילו שרן אפי' שהוא חולי מסוכן ככ"ל ביאור דברי מוהר"ס בתשו' זו ודוק. ולפי דברי מוהר"ס הנז' שפירשנו למדנו לנ"ד דאם ראינו שריפא המרק של התרנגולת נבלה לג' בני אדם מחולי זה של שטות הרי אתחזק שרפואה ידועה היא מומחית לחולי זה ושרי להאכילו לשוטה זה מאחר שהוא חולי מסוכן. ואפשר דעפי"ז הוא דהורו רבני סאלוניקו להתיר כמוזכר בשאלה ע"י שהוברר בפני ב"ד הצדק דמרק זה ריפא לג' בני אדם מחולי זה ולכך הורו להתיר כי חלילה לומר שבלתי שום בירור היתירו ולהשוותן ב"ד טועי' חלילה דא"כ מה כח ב"ד יפה אם לא שהוברר להם כדבר האמור ויפה דנו ויפה הורו להתיר ככלע"ד.

ישראל מאיר מזרחי.

סימן ג'.

הלכות רבית.

שאלה כי לא יחדל אביון מקרב הארץ ובני ציון היקרים מטה ידם ואין לאל ידם להחזיק ביד האביונים להעביטם כי ע"כ העניים והאביונים מוכרחים הם ליקח מעות ברבית מן הגוים והגוי המלוה לא יתן מעות לעני ואביון אם לא בערבות ישראל אחר אשר ראוי לסמוך עליו. ובאופן זה מוצאים העניים מעות ואם לאו מתעלפים ברעב. וע"כ שאל השואל אם יש לסמוך על ס' ריא"ז שכתב פ' הרבית שאם הגוי כולל בשטר הקרן והרבית וזקפן עליו במלוה שיכול ישראל חבירו להיות לו ערב וכתב שכן עמא דבר והביאו מוהריק"ש ז"ל בהגהותיו מוסכם מכל הפוסקים וגם הרב כנה"ג בי"ד סי' ק"ע הביאו בלי חולק וכיון שכן שרי באופן זה או אם המלא ימלא חולק ויהא איסור בדבר יורינו המורה לנדקה הדרך אשר נלך בה ויבא שכמ"ה.

תשובה חזה הוית רמז דנא נפתח בגדולים הררי קדם דומה בדומה נשאל בבית מדרשו של מוהרא"ח במים עמוקים סי' ו' והניף ידו עליה באורך וברוחב מבינתו וז"ל השואל ישראל שהלוה לגוי בריבית וזקף עליו הריבית איך חייב לו מאה ועשרים וכו' וישראל נעשה ערב לישראל על הריבית והקרן וכדיני הגוים האלה שהמלוה גובה ממי שירצה תחילה כדין ערב קבלן ע"כ. ובתשו' האריך להתיר דכל שאינו ערב שלוף דוץ דשרי וכן עלתה הסכמתו לענין דינא, ולהיות כן מפאת זה הוא הדין והוא הטעם להתיר ג"כ בנ"ד אכן לענין מה שכלל הקרן עם הרבית אשר עליה נתיסדה שאלתנו. הנה מוהרא"ח ז"ל התחיל לדון על פרט זה ואסיפא דדינא לא זכינו לאורו כי חבל על דאבדין, והן קדם הראנו לדעת כי בענין זקיפת הריבית אי חשיב כגבוי או לא, הנ"ג הברייתא

אליו אי שרי לעשות כן לכתחילה ואפי' ע"י ישראל או לא. ושכמ"ה.

תשובה אל ה' ויאר לנו. עקרא דהאי מלתא תנן התם בפ"ח דיומא מי שנשכו כלב שוטה אין מאכילין אותו מחצר כבד שלו ור' מתיא בן חרש מתיר. ופירש"י אין מאכילין מחצר כבד שלו ואעפ"י שנוהגי' הרופאים ברפואה זו אינה רפואה גמורה להתיר לו איסור בהמה טמאה על כן ור"מ בן חרש מתיר קסבר רפואה גמורה היא ע"כ. הרי לך דאין להתיר אכילת איסור לרפואה אפי' בחולי של סכנה אם לא שתהיה רפואה גמורה, והר"מ בפירוש המשנה שם כתב וז"ל ואין הלכה כר' מתיא בן חרש שהוא מתיר וכו' כי זה אינו מועיל אלא בדרך סגולה וחכמים סוברים כי אין עוברים על המצות אלא ברפואה בלבד ר"ל בדברים המרפאים בטבע והוא דבר אמיתי הוליאו הדעת והניסיון הקרוב לאמת אבל להתרפאת בדברים שהן מרפאים בסגולתם אסור כי כחם חלוש איננו מצד הדעת ונסיונו רחוק טענה חלושה מן הטוען וזה העיקר דעהו וזכרהו כי הוא עיקר גדול עכ"ל לענייננו, גם הרי"ף שם פ' בהא דלא כר"מ בן חרש וכ"נ דעת הר"מ בפ"ב מה' שבת דין ו' יע"ש. וכן הטור בסי' שכ"ח בדין מי שנשכו כלב שוטה העתיק דברי הר"מ יע"ש, ולכאור' יש לגמגם על דברי הר"מ ממ"ש בס' או"ה כלל נ"ט אות ל"ב וז"ל אבל בחולה שיש בו סכנה כתב הרמב"ם אעפ"י שאין בדבר תועלת כלום הואיל ומסוכן הוא התירו כדי שלא תטרף דעתו והיינו בין בחול בין בשבת, אבל לולא האי טעמא היה אסור כל דבר שאין טבעי משום חובר עכ"ל יע"ש. הרי דהר"מ התיר ללחוש לחולה שיש בו סכנה אעפ"י שאין בדבר תועלת כלום ויש איסור דחובר חבר אפ"ה מותר כדי שלא תטרף דעתו. וא"כ יקשה גם בההיא דנשכו כלב שוטה מאחר דיש בו סכנה אמאי פסק דלא כר"מ בן חרש הלא אפי' שלא היה בו שום תועלת הי"ל להתיר להאכילו איסור כדי שלא תטרף דעתו דמאי שנא איסור דאכילת איסורי תורה מאיסור דחובר חבר דהוי נמי איסור תורה וכי היכי דהתיר בזה היה לו להתיר גם באכילת איסורי כיון דתרויהו אסירי מן התורה. ואולי דהתם לגבי לחש דוקא התירו כדי שלא תטרף דעתו משום דהא מיהא אין הגוף נהנה בפועל מן האיסור עצמו משא"כ באכילת איסורי תורה שהרי הוא נהנה בפועל שאוכל גוף האיסור עצמו הלכך לא התירו אלא ברפואה גמורה ואפי' בחולי שיש בו סכנה ליכא התר משום שלא תטרף דעתו כנ"ל לדעת הר"מ ז"ל.

אמנם אנכי הרואה דברי הר"מ הנז' שהביא בס' או"ה שהם דברי הר"מ פי"א מה' ע"ז דין י"א יע"ש וכתב עליו מרן בכ"מ שם ומ"ש אפי' בשבת היינו משום דאסור להרבות בשיחה בטלה וכמ"ש רבינו פכ"ד מ"ה שבת ואפ"ה לחש זה שרי כדי שלא תטרף דעתו עליו עכ"ל יע"ש. הרי דטעמא דהתיר הוא משום דליכא איסור תורה אלא איסור דלהרבות בשיחה בטילה בשבת ולכן התיר אפי' דליכא תועלת משום שלא תטרף, אבל באיסורי תורה ממש ודאי דאין להתיר אלא ברפואה גמורה וזה ברור. ועל האיסור והיתר אני תמיה שכתב דהוי משום חובר חבר דמנ"ל ליחס בזה דעת הר"מ והלא אין בזה לתא דחובר חבר דאיסורא דחובר אינו זה. ואולי דאו"ה ראה דברי הר"מ שם בו בפרק דין יו"ד ומשם סמך עצמו לומר דאי לאו האי טעמא דשלא תטרף דעתו יש לאסור משום חובר ולכן העיקר לחלק ביניהם כדשנינן מעקרא.

באופן דלמדנו מדברי הר"מ והנלווים אליו דבחולה של סכנה אין להאכילו דבר איסור מאיסורי תורה אם לא ברפואה ידועה. וכן כתב באו"ה כלל נ"ט אות ל"ה וז"ל השיב מהר"ם על נכפה אחד שרוצה גוי לרפאתו ולהאכילו שרץ העוף נכפה הוא חולי גדול וכמכה של חלל הגוף דמי ופעמים שמסתכן ונופל לאש או למים אם הרפואה ידועה מותר ואם אין הרפואה ידועה אין בידי להתיר עכ"ל.

ומתוך דברי מוהר"ם הללו אני למד דגם שוטה כנדון שלפנינו חולי של סכנה מיקרי דמתוך שאין בו דעת פעמים שמסתכן להפיל עצמו במים שאין להם סוף או להרוג את עצמו דדמי לחולי הנופל דחשיב ליה חולי של סכנה ה"נ בשוטה חולי של סכנה מיקרי וזה פשוט אשר עין בעין רואה מתוך השטות כמה מקרים רעים ופגעים רעים יזדמנו לו אם לא שאוסרין אותו בכבלי ברזל ודבר זה אין צריך לפנים. עוד אני למד מדבריו הנז' שדעת מוהר"ם היא שוה לדעת הר"מ ודעימיה שלא התירו להאכיל איסור אפי' לחולי מסוכן אם לא ברפואה ידועה הא לאו הכי אין להתיר. ודברי מוהר"ם הללו הביאם מור"ם בהגהה בי"ד סי' קנ"ה יע"ש מבלי שום חולק.

ותרתי אני בלבי לדעת שורש דברי מוהר"ם הללו ופשפשתי ומצאתי אותם שהובאו במימוני' בפרק י"ד מה' מאכלות אסורות וז"ל שאלו לרבי על נכפה אחד והיה גוי א' רוצה לרפאתו ולהאכילו וכו' שיש בו שרץ העוף והשיב כי נכפה חולה גדול וכו' ופעמים שמסתכן וכו' ומותר אם הרפואה ידועה ואם אין הרפואה ידועה אין להתיר ואע"ג דאמרינן בפסחים דהוה שייף לברתיה בגוהרקי דערלה אותה הרפואה ידועה היתה ואפי' למ"ד התם הניח חלב שור הנסקל על מכתו פטור משמע אבל אסור מ"מ היכא דאיכא סכנה מותר גמור כגון גוהרקי דערלה דהוי שלא כדרך הנאתה אבל כזה המעשה יכול להיות שהוא דרך הנאה באכילה זו ואסור כיון שאינה רפואה ידועה וכו' עד והמחאת רפואה שמא אין צריך המחאה גדולה כמין הקמיע שאם השרץ מרפא מכח חזק טעמו אין צריך המחאה כל כך כמו קמיע שאין בקמיע אלא מכח מזל שהם וכיולא בהם יפה כחם ומותר וכו' עד ואם אין הרפואה מומחה אין בידי להתיר יותר מקמיע שאין מומחה וכו' עכ"ל יע"ש.

וראיתי לרב אחאי יל"ו עמד בתשובה בשני דברים, הראשונה במ"ש מ"מ היכא דאיכא סכנה מותר גמור כגון גוהרקי דערלה דהוי שלא כדרך הנאתה ע"כ, שהדברים מתמיהין דמשמע דס"ל דאפי' במקום סכנה לא שרי להתרפאת באיסורין אלא דוקא שלא כדרך הנאתן מדמייתי עלה כגון גוהרקי דערלה שלא כדרך הנאתה. והא ליתא דמהש"ס פ' כל שעה דף כ"ה ע"ב בעובדא דמר בריה דרב אשי דאשכחיה לרבינא דהוה שייף לברתיה בגוהרקי דערלה וכו' מבואר שם דללישנא קמא דאמר האי איתתא למירתא וכו' נראה דבדאיכא סכנה אפי' כדרך הנאתן שרי. וללישנא בתרא בחולי שאין בו סכנה לא שרי אלא שלא כדרך הנאתן. וא"כ דברי מוהר"ם הם הפך הש"ס וכן פסק הר"מ שם בפי"ד ממאכלות אסורות דבחולי של סכנה מאכילין אותו דבר איסור אפי' דרך הנאתו משמע ובפ"ה מה' יסודי התורה פירש כן בהדיא, גם מרן בשולחנו בי"ד סי' קנ"ה דין ג' פסק כן להדיא. ולדידי נ"ל דל"ק דסיתומ' דבריו הוא דהוא ס"ל דבין בחולי של סכנה שהתירו להתרפאת כדרך הנאתן ובין בחולי שאינו של סכנה שהותר שלא כדרך הנאתן לא הותר אלא דוקא ברפואה ידועה אבל ברפואה שאינה ידועה לא שרי לא בחולי של סכנה ולא באין בו סכנה, וראיה לזה מראשית דברי מוהר"ם שכתב ואע"ג דאמרינן בפסחים דהוה שייף לברתיה וכו' אותה רפואה ידועה. דיש לדעת לאיזה לישנא קאי אי ללישנא קמא דהוי חולי של סכנה הא אפי' דרך הנאתו שרי וא"כ אפי' ברפואה שאינה ידועה הי"ל להתיר ואי ללישנא בתרא דהוי שלא כדרך הנאתו ושלא במקום

סכנה

נראה דלקושטא ס"ל כן דלא חשיב לאו שבכללות ולקי והעד על זה שכן כתב שם בפסקי התו' דפ' הלוקין סי' כ"ה וז"ל לאו שבכללות היינו וכו' אבל יוצא וכו' בשר בשדה לא הוי לאו שבכללות וכו' יע"ש, הנך רואה דלקושטא ס"ל כן וזה שלא כדברי הפר"ח, והן אמת שדברי התו' הללו לכאורה קשה לזווגם עם מ"ש בחולין פ' גיד הנשה דף ק"ב ע"ב ד"ה אבל אבר מן החי שתירצו דלא חשיב לאו שבכללות אלא כגון גלי אם אבל בשר בשדה דמפרש' בשר בשדה וטריפה לא חשיב לאו שבכללות דהוי כמו זג וחרצן דמפורש בקרא וכ"כ בפסקי תו' שם בו בפרק סי' רס"ב יע"ש ומעתה הסתירה מבוארת דמאחר דיוצא אינו מפורש בקרא היאך כתבו דלא חשיב לאו שבכללות כיון שאינו מפורש. אם לא שנאמר דס"ל דהואיל וכל יוצא חד הוא והכל נקרא בשר בשדה הו"ל כמפורש בקרא בהדיא יוצא וטריפה הלכך לקי וא"כ הדרא תמיהתי על הפר"ח לדוכתא .

ואיברא שדברי התו' שם בחולין קשים אלי דנר' דסתרי אהדדי דאילו בדיבור הנז' כתבו דלא הוי לאו שבכללות הואיל ומפורש והו"ל כמו זג וחרצן. ואילו בדיבור הסמוך לו ד"ה ולר' יוחנן כתבו דאע"ג דנא ומבושל לקי שנים שאני התם דכתיב בויו' והכא נמי אי הוה כתיב בשדה וטריפה וכו' היה לוקה שנים וכו' והסתירה מבוארת דעדיין לחלוחית הדיו קיימת בדיבור הקודם שכתבו דהוי כמו זג וחרצן וא"כ דבריהם קשים להלום וצריכה רבה ליישב כונתם. והנלע"ד בביאור דבריהם בדיבור הקודם שכתבו אבל בשר בשדה דמפרש' בשר בשדה וטריפה וכו' דכונתם מבוארת עפ"י מ"ש הר"מ ז"ל פ"ד מה' מאכלות אסורות דין יו"ד דבחותך בשר מן החי הרי אותו הבשר טריפה ולוקה משום טריפה ונתן טעם לדבר דמה לי טריפה אותה חיה ומה לי חתכה בסכין כיון שנעשית בשר בשדה הרי היא טריפה יע"ש באורך. ולפי זה דברי התוס' מבוארים דמ"ש דמפרש' בשר בשדה וטריפה לאו למימרא דהוי כאילו כתיב בוא"ו אלא כונתם לומר דמיד שחתכו הרי הוא טריפה ונמצא דמפורש בקרא החותך בשר מן החי באומרו בשר בשדה טריפה שפי' דמיד שהוא בשר בשדה הוא בעצמו טריפה והלכך לקי ולא חשיב לאו שבכללות, אמנם מ"ש בדיבור שאחריו דלא לקי שנים משום דלא כתיב בוי"ו היינו לומר דבשלמא אי הוה כתיב בוי"ו היינו חושבים אותם לתרי לאוי. אבל מאחר דלא כתיב בוי"ו אלא בשדה טריפה וא' החותך בשר מן החי או האוכל טריפה כולם נקראים בשם טריפה נמצא דאין כאן שני לאוין הלכך לא לקי אלא חדא ולא חשיב לאו שבכללות הואיל ומפורש בקרא להדיא כנ"ל בכונתם ודוק היטב, כלל העולה מדבריהם בין למ"ש בחולין ובין למ"ש במכות כולן שוין לטובה דלא ס"ל דהוי לאו שבכללות וא"כ דברי הפר"ח במ"ש דהוי לאו שבכללות אחר המחילה רבה לא ירדתי לסוף דעתו בזה וצל"ע .

ובכן אבא להביא ראיה לדעת הפוסקים דס"ל דאיסור אבר המדולדל הוי מדבריהם משום מלות פרוש. מהא דגרסי' בפ"ח ממס' שמחות כל עיקר שיש בו טריפה מותר באכילה ואל"ל בהמה ואיזו היא טריפה מן הארכובה ולמעלה ע"כ. ונ"ל דהפי' דכל עיקר שיש בו טריפה כגון מן הארכובה ולמטה מותר באכילה ואפי' אם אין עור ובשר חופין את רובו דמדאוריתא שרי ואינו אסור אלא מדבריהם משום מלות פרוש, אבל איזוהי טריפה שאסורה באכילה כשנשבר מן הארכובה ולמעלה ואין עור ובשר חופין את רובו כנ"ל ביאורה להביא סעדת לדעת הפוסקים ז"ל .

ומעתה אניף ידי לפסקן של רבותינו נ"ע. וטרם כל

אנופף ידי ליישב תמיהת כת"ר שתמה על דברי הפר"ח ז"ל דבסי' ס"ב הסכימה דעתו כדעת הר"מ דאיסור אבר מדולדל הוי מן התורה והעלה להחמיר בכל הספיקות ואילו בס' נ"ה ס"ק י"ח לענין ספק יצא לחוץ כתב דאזלינן לקולא וכדעת הש"ך והב"ח כיון דאינו אלא מדבריהם כמולג בסוף דבריו שהפליג במדורת התמיהה על הפר"ח והניחו בצ"ע. ונלע"ד ביישוב דבריו ז"ל דלעולם קושטא הכי הוי דס"ל כדעת הר"מ לענין אבר מדולדל להחמיר בכל ספיקא כגון מתלקט או מרוסס וכיוצא דאזלינן להחמיר כשל תורה הואיל ואסור מן התורה. מיהו ע"כ לא אסרינן אבר מדולדל מן התורה אלא דוקא כל שאינו יכול לחזור ולחיות וכן דייקי דברי הרמב"ם ז"ל פ"ה מהל' מאכלות אסורות דין ו' שכתב אם אינו יכול לחזור ולחיות וכו' גם בפרק ב' מהלכות שאר אבות הטומאות כתב הבשר או האבר המדולדלין שאינם יכולים להחיות ולידבק בגוף וכו' דנר' מדבריו דכל שיכול לחיות אין בו איסור תורה. וא"כ כל שאנו רואין שנקשר לא נאסר מעולם ויכול לחזור ולחיות קרינן ביה ואין כאן איסור אבר מדולדל כלל, וכיוצא בזה כתב הפר"ח עצמו בסוף סי' ס"ב ס"ק י"ג יע"ש. גם מוהרלב"ח סי' פ"ג כתב כן ודקדק כן מדברי רבינו יע"ש באורך וא"כ אזדא לה התמיהה שתמה כת"ר עליו דהכא בסי' נ"ב שהסכימה דעתו לפסוק כדעת הש"ך והב"ח איירי כשנקשר אלא שלא נקשר יפה והואיל וכן הוא הרי יכולה לחיות היא ופקע מינה איסור אבר מדולדל כלל ואין כאן איסור תורה הילכך כתב דהא דנהגינן להשליך האבר אינו אלא מדבריהם וחומרא בעלמא ואין כאן איסור תורה כל שחוזר ונקשר וזה ברור ופשוט בכונתו למעיין בדבריו והוא האמת. ונמצאו כללן של דברים דכל שחוזר ונקשר אפי' שלא נקשר יפה אין בו איסור מן התורה כלל ואינו אלא חומרא בעלמא .

ובכן אסובבה אל מקדשי אל רבותינו הקדושים נ"ע בענין הוראתם שאם זה העצם היה בא לפניהם בחיים מיד כשנשבר, זה ודאי שהיו רואים בעת ההיא אם יצא לחוץ או לא, ואם היה בא לפניהם אחר הבישול והאכילה בודאי שהיה קשור אלא שאינם יודעים אם נקשר יפה, ובודאי כל שנקשרו אין כאן עוד איסור אבר מדולדל כלל דהא יכול להחיות הוא ופקע מיניה איסור תורה אפי' לדעת הר"מ ומה שהיו משליכין העצם אינו אלא לחומרא בעלמא מדבריהם ומכ"ש לדעת הסוברים דאיסור אבר מדולדל שהוא מדבריהם דהוא רובא דמנכר דבכל גוונא יש להכשיר. ונמצאת הוראתם יוצאה וראשה פרוע הוראה נכונה וה' עמם שהלכה כמותם כנ"ל להלכה ולמעשה עפ"י הוראת רבותינו נ"ע ואם שגיתי אתי תלין משוגתי וה' יכפר בעדי, כה דברי מעתיר לאל נור מבטן גוחי, קטינא קטינא מאום ושחי .

הצעיר **ישראל מאיר מזרחי** ס"ט .

סימן ב'.

שאלה איש יהודי יצא מדעתו באופן שיוצא יחידי בלילה שהוא אחד מן הסימנים והוצרכו לאוסרו בכבלי ברזל כמשפט השוטים, והגיד הח"ר מנחם חביב יצ"ו שבהיותו בשאלוניקי אירע כן ליהודי אחד ואמרה אשה אחת שתרופתו היא ליקח תרנגולת מתה שהיא נבילה ולבשלה ולהשקותו מן המרק ויתרפא, ועשו כן ונתרפא רפואה שלימה והורו רבני מתא להיתירא אך ראייתם לא ידע מהיכן היא. גם הגידו שתי נשים שבקושט' אירע כן ועשו לו התרופה הנז' ונרפא. עמד השואל ושאל להורות אליו

אמור מעתה שגם רבינו יסבור דגם התוספתא דאסרה אבר המדולדל לבן נח אישראל קאי וקודם שניתנה תורה כמו שפי' רש"י ז"ל אבל לבן נח גרידא לא נאסר באבר המדולדל אלא דוקא באבר מן החי ולכן לא פסקא רבינו ז"ל כנ"ל, ואחרי הודיע לנו אלקים את כל זאת דפי' התוספתא בישראל קאי וקודם שניתנה התורה יש לי ליישב גם דעת הסוברים דאיסור אבר המדולדל הוי מדרבנן משום מראית פרוש דאל יקשה עליהם מהתוס' זו דמאחר דבישראל מיירי כאמור יש לנו לומר דהא דקתני אחד האבר וכו' דאסור הוא הא כדאיתיה והא כדאיתיה ולענין אבר מן החי אסור מן התורה ולענין אבר המדולדל אסור מדבריהם משום מראית פרוש ואף קודם שניתנה תורה כן הדבר כנ"ל בדרך אפשר ליישב הך תוספתא לדעתם ז"ל גם ההיא דבני השילתא וכו' אין סתירה לדעתם ז"ל דההיא משום מראית פרוש היא וכמ"ש שם התוס' ז"ל וגם הפר"ח ז"ל לא סמך על ראיה זו ונרגש מזה יע"ש. ומה שהלין כת"ר על מה שתמה מוהרש"ל והכנה"ג על דברי ההגהות אשירי אין ספק דלא ראו דברי ההגהות כאשר האריך כת"ר. ועוד מוסיף אני להביא ראיה לדברי כת"ר כי הרואה יראה שדברי ההגהות הם דבדי ראבי"ה כמוזכר שם, וראיתי להגהות מרדכי בחולין דף תש"מ ע"ד וז"ל כתב רבי' אבי העזרי בכנף העוף שנשבר בין הפרק הא' בין האמצעי וכו' ואם הפרק הג' הסמוך לגוף נשבר או נחתך אם רחוק מעט מחיבור והסיתא שאין לחוש לריאה בכל דינם שוה לשני פרקים הא' וכו' יע"ש, הרי הדבר ברור כשמש כאשר כתב כת"ר וזה ברור ופשוט דלא ראו ולא עמדו בדבריהם. ומה שתמה כת"ר על שתי תשו' דמוהריק"ו שורש ל"ה עם שורש ל"א לענין גף דנר' דסתרי אהדדי והאריך כת"ר בתמיהתו וכתב וז"ל ואפי' את"ל דבתשו' זו דכלל ל"ה איירי בנשבר סמוך לגוף וכו' והא איכא ספק ספיקא ע"כ. ואיברא שכן דקדק הכנה"ג בסי' נ"ן בהגהתו לטור סי' י"ו מדברי הר"ן ז"ל שכתב היכא שנשמטה גף העוף או נשבר רגלו מן הארכובה ולמעלה וכו' דאמאי שביק גף עוף דמסיק ביה וכתב נשברה רגלו, אלא דהרב ז"ל סובר דלא מיטריף בספק נשבר אלא בנשבר הרגל דבודאי נשבר הוי טריפה אבל בנשבר הגף דאיכא מאן דמכשיר אף בודאי נשבר מותר אף לפוסלים מטעם ס"ס עכ"ל, אלא דרואה אנכי דזה לא מיקרי ס"ס משום דספק מחיים מינכר על ידי בקי וספק הבא מחמת חסרון חכמה לא מיקרי ספק וכמ"ש הרב פ"ח בי"ד סי' ק"י בכללי הס"ס בכלל י"ז יע"ש וא"כ אין מזה תימא כלל כיון דאין כאן אלא ספק אחד שפיר העלה מוהריק"ו ז"ל להחמיר. ותו דהן לו יהי כדבריו דחשיב לה ס"ס א"כ דברי כת"ר קשים אלי במ"ש והנכון אלי ליישב דברי מוהריק"ו שתשו' זו דסי' ל"ה מיירי שיש עוקץ בסבירה ומיירי שאין הריאה לפנינו למבדקא כמ"ש הט"ז והש"ך והפ"ח ע"כ דבריו. ואני שמעתי ולא אבין דאכתי לפי שיטתו איכא ס"ס דהא דאיכא עוקץ לא מטרפינן אלא משום חשש נקיבת ולא משום ודאי אלא ומסתפק הוא דבעינן לבדוק הריאה וכמ"ש הרא"ש ז"ל א"כ אכתי איכא ס"ס ספק מחיים ואת"ל מחיים ספק שמא ניקב הריאה. וא"כ הא איכא ס"ס והדרא תמיהא לדוכתה דאמאי חשש מוהריק"ו ז"ל להטריף הא לא איכא ס"ס אפי' לפי תירוצו וכן הרב פ"ח בסי' נ"ן ס"ק ט' העלה דטעם מר"ן הוא משום דליכא ס"ס אלא ספק אחד יע"ש. אלא דמשכחת בה ס"ס שפק אם הלכתא כמאן דאסר בנשבר הגף או כמאן דשרי ואם תמצי לומר דהלכתא כמאן דאסר ספק אם קודם שחיטה או לאחר שחיטה. וכיוצא בזה כתב הכנה"ג בסי' הנז' בס"ק הנז' יע"ש, וא"כ הדרא תמיהה לדוכתא, ואיברא דבתמיהה זו קדמי שרים הוא המלאך גבריאל נ"ע אשר ראו עיניו. ומוהר"ש הלוי בחלק יורה דעה סי' כ"ו והבאר שבע דף ב' והעלה דע"ם הוא ונ"ל שמוט במקום שבור ותירוץ הב' שכתב מוהרג"א נ"ע ושני נביאים נתנבאו בסיגנון אחד והמשאת בנימין. ומוסיף אני להפליא לתירוץ הפ"ח דלא יהא אלא ספק אחד אמאי העלה להטריף הא כיון דהוי ספיקא דרבנן אפי' דליכא ס"ס אלא חד ספיקא אזלינן לקולא. וכמ"ש הפ"ח סי' ק"י בכללי הס"ס כלל י"ד ודבר שעיקר איסורו מדרבנן ניתר בספק אחד וא"כ הדרא תמיהה לדוכתא, ואיברא שהתירוץ אחרון שהעלה מוהרג"א ז"ל אנכי הרואה שגם כת"ר תירץ כן זה ימים בהיותי עומד ומתעסק לפניו בדינים אלו ומלאתיו כתו' בגיליון אשר לי וכיוון לדעת גדולים, אכן הכתי לא יהא אלא ספק אחד וספיקא דרבנן אזלינן לקולא וכמ"ש. וכל התירוצים הם בספק סכנה, ולכן המחוור אצלי יותר בישוב דעת מוהריק"ו ז"ל דסי' ל"ה לאו לאסור העוף היא לעולם העוף ניתר כיון דהוי ספיקא דרבנן. ומה שחשש לאסור הוא משום אבר המדולדל לאסור הגף דס"ל דהוי מד"ת איסור אבר המדולדל וכדעת הר"מ ז"ל. ובזה עלו דברי מוהריק"ו על נכון דאין שום סתירה לדבריו ז"ל, אכן לדעת מר"ן ז"ל שהבין בדעתו דלענין טריפה קאמר ופסקה בשולחנו הדרא תמיהה לדוכתא, וע"כ צריך לדחוק וליישב כתירוץ המורים נ"ע, והגם שאינו מספיק ונ"ע כל זה ראיתי לתור בחכמה עפ"י קונטריסו המוגג לפני.

ובכן אניף ידי יד כהה במה שעמדתי בזה דרך אגב זה ילא ראשונה במ"ש הפר"ח ז"ל בסי' ס"ב ס"ק ז' במ"ש שטעם הר"מ שפסק באבר המדולדל דאינו לוקה אינו כמ"ש ה"ה ז"ל אלא י"ל שדעת הרב לפוטרן ממלקות משום דאתו תרי עניני מריבויא דהיינו דין אבר היוצא ודין אבר המדולדל והו"ל כלאו שבכללות שאין לוקין עליו עכ"ל יע"ש, והן אמת דעפ"י זה היה נ"ל שהותרה חד תמיהה מתרי תמיהי שתמה הלח"מ ריש פי"א מה' מעה"ק על הר"מ ז"ל דאמאי לא פסק דלקי על ובשר בשדה והניחו בתימה, ולפי דברי הפר"ח הנז' הותרה תמיהתו דס"ל לרבינו דהואיל ואתו מריבויא הו"ל כלאו שבכללות הלכך לא לקי משום ובשר בשדה כנ"ל כעת, האמנם אעיקרא דברי הפר"ח לא נתחוורו בעיני דלכאורה סוגיין דמכות פ' הלוקין דף י"ח עומדת לנגדו דפריך תלמודא וללקי נמי משום ובשר בשדה וכו' ומשני הני מילי היכא דבפנים חזי וכו' ואם כדברי הפר"ח מאי פריך ומאי משני, הו"ל לשנויי דחשיב כלאו שבכללות דאין לוקין, וגם התוספות שם ד"ה וללקי וכו' הקשו דאמאי לא הוי לאו שבכללות ותירצו כיון דשם יוצא חד הוא לא חשיב לאו שבכללות. וזה ודאי שלא כדברי הפר"ח דאם כדבריו אכתי התמיהה קיימת דהנ"ל לאו שבכללות הואיל ואתי מריבויא. ואיברא דלתמיהה זו היה נ"ל דהה"נ דהוה מצי תלמודא לשנויי הכי אלא דעדיפא מינה משני דאף את"ל דהוי לאו גמור לא שייך מלקות הואיל ובפנים לא חזי וכיוצא בזה כתבו שם התו' ד"ה מכדי כתיב וכו' באמצע הדיבור וז"ל וקשה דא"כ מאי פריך בסמוך ולילקי וכו' לישני דהא דר"א הוי לאו שבכללות וכו' ותירצו וי"ל דמצי לשנויי הכי אלא דעדיפא מינה משני וכו' יע"ש, אף אנו נאמר כן לדעת הפר"ח ז"ל. אלא דאכתי אין זה מספיק לדברי התו' דא"כ מאי מקשו התו' בד"ה ולילקי וכו' דאמאי לא תירצו דעדיפא מינה משני כאמור, ולזה היה נר' לומר שדברי התו' בדיבור זה על המקשן קאי דפריך וללקי וליישב דעת המקשה כתבו כן אבל אה"נ דלתרצן לא קשה דאמאי לא תירץ כמ"ש הפר"ח ז"ל דעדיפא מינה משני כדבר האמור וגם התוס' יסברו כן. אמנם אנכי הרואה דאין תירוץ זה עולה לדעת התו' ואדרבא מדבריהם

נראה

מד"ס הא ודאי תמיהת הר"ן נופלת עליו בעולם וצריך נגר וכר נגר דליפרקינה וצ"ע. ולקמן איישב בזה בס"ד. ואחרי הודיע אלוקים לנו את כל זאת אינני רואה מקום ליישובו לדעת הגאונים כל זמן שלא נמצא בדבריהם בפי' שאוסרין האבר והבשר המדולדלים מן התורה ואין מדברי הר"מ ראיה לסברתם לומר שיסברו כן. ואילו הר"ן היה מוצא איזה גילוי דס"ל כדעת הר"מ לא היה קורא תגר עליהם ומעמיד דבריהם בתימה. ואני בעניותי בהיותי חפץ למען לדקו בתשו' זאת שנר' תשו' נכונה אם האמת כן, חיפשתי חיפוש מחיפוש אולי אמינא איזה גאון יעמוד על ימינו ימין משה יצ"ו, ומצאתי קצת סעד לתמכו והוא דהלא הדבר ידוע דלדעת הר"מ דס"ל דאבר מדולדל הוי מדאוריתא א"כ ידוע דלדעת הר"מ דס"ל דאבר המדולדל הוי דאוריתא א"כ כל הספיקות שיסתפק בהם אזלי' לחומרא כשל תורה כמ"ש ה"ה שם בו בפרק משא"כ למאן דס"ל דהוי מד"ס אזיל לקולא כמ"ש לעיל בשם הסמ"ג ז"ל, ואת זה חזיתי להסמ"ג שכתב שם דף הנז', ז"ל נשבר העצם ויצא לחוץ בעוף למעלה מן הארכובה ולא נודע אם מחיים אם לאחר שחיטה וכו' או שמוטת ירך ולא נודע אם נתעכל גידיו וכל ספק טרפות הבא לפני חכם פסק רב יהודה הגאון שאין לנו בקיאין בבדיקה ויש לנו לאסור ואין לנו להקל להתיר הספק ע"כ יע"ש. הרי דחזינא לגאון מדבר ואומר דבנשבר העצם ומספקא לן אין לנו להתיר הספיקות זה מורה באצבע דס"ל דאסור מן הת ורה מדכת להחמיר בספיקות דאי ס"ל דאסור מד"ס לא היה לו לאון להחמיר הא אין לנו לדון אלא דיסבור כדעת הר"מ ז"ל דאיסור אבר המדולדל הוי מד"ת ולכן אזיל לחומרא וא"כ מאחר שמצינו לגאון אחד דאזיל ומודה לס' הר"מ יש לנו לומר שגם הגאונים יסברו כותיה ועפ"י זה בא יסובו לתמיהת הר"ן ז"ל על נכון ככתוב בתורת משה הנז"ל הגם דיד הדוחה נטויה דאפשר דרב יהודה גאון יסבור לענין הארכובה כס' רש"י ז"ל דמחמיר כלישנא קמא ולכך גם בנשבר העצם אזיל להחמיר ועוד ידו נטויה דמ"ש הגאון נשבר העצם למעלה מן הארכובה היינו בשוק כדברי רש"י ז"ל כי לא פורש בדבריו באיזה הארכובה אמרו ונמצא דאין מדברי הגאון הנז' ראיה מכרעת בזה אני רואה דיספיק לנו עדותו של הר"ן שכתב שהגאונים ס"ל כשיטת הרי"ף ז"ל, ואפשר שגם הגאון הנז' מכללם ומאחר דאזיל להחמיר בספיקות מכאן עזר וסיוע לדברי כת"ר יצ"ו. ואני הצעיר הבא אחר המלך לישב תמיהת הר"ן ז"ל במה שתמה על הגאונים מהך עובדא דגידין הנר' לפקע"ד דלעולם מ"ש רשב"ל דהוי איסורא דאוריתא אינו אלא להתיר העצם עצמו ומה שתמה הר"ן על זה דהיכי קאמר ואיסורא דאוריתא והרי אבר המדולדל אינו אסור אלא משום מצות פרוש מדבריהם מ"מ היינו דוקא בשחיטה דהכי ס"ל לרב דשחיטה אינה עושה ניפול וכמו דמוקי לה רב יוסף הך מימרא דרב דקאמר אכלו לזה אינו לוקה. אבל במיתה העושה ניפול ס"ל לרב דלקי משום אבר מן החי וכמו שפירש"י דף ע"ד כאשר לא נעלמה מעיני חכמת כת"ר יצ"ו. ולפי זה מיתוקמא הך דקאמר הש"ס רשב"ל ואיסורא דאוריתא הכי פירושו דכיון דלענין מיתה איכא איסורא דאורייתא א"כ הכא גבי שחיטה אמאי אזלת להקל התורה חסה וכו' הא הואיל ובמיתה איכא איסורא דאורייתא ראוי לנו להחמיר בשחיטה משום מצות פירוש ואמאי אמרת התורה חסה ואין בו אפי' מצות פירוש ונמצאו כללן של דברים דמ"ש בש"ס איסורא דאוריתא לענין מיתה הוא אבל בשחיטה אין בו אלא מצות פרוש ובההוא עובדא לענין האבר עצמו הוא דשקלי וטרי לאסרו משום מצות פרוש כאשר עלה בדעת הר"ן ליישב דעת הגאונים כנלע"ד ג"כ ולפרש דברי הש"ס כדכתי' בדרך אפשרי ונמצא לפי זה דאין מהדברים הללו ראיה מכרעת לפירש"י דיש לדחות כדכתי'. ומתוך זה גם מה שתמה כת"ר על הפר"ח ז"ל דאמאי לא הביא לדעת הרמב"ם מהך עובדא דגידין שהיא ראיה מכרעת וכתב דאין זו אלא שכחה מצויה. מתוך מ"ש אין זה מן התימא דאפשר דהרב ז"ל הרגיש דיש לפרש כונת הש"ס כדכתי' ולהכי לא הביא סעד לרבינו.

ובכן אניף ידי למאי דהק' מר על הסוברים דאיסור אבר המדולדל הוי מדרבנן דמה יענו בתוספ' שהביא הפר"ח שהיא ראיה עצומה לדעת הר"מ כמולג בקונטריסו. והנה דאמרי דלכאורה גם מדברי הש"ס דילן מצאנו ראיה מסכמת לדעת הרמב"ם בפ' העור והרוטב דף קכ"א ע"ב דתני רב הושעיה ישראל ששחט בהמה וכו' אבר הפורש ממנה כפורש מן החי וכו' ואסור לבני נח וכו' ונכרי ששחט בהמה טהורה וכו' אבר הפורש ממנה כפורש מן החי ואסור לבני נח וכו' ולכאורה נראה שהדברים הללו מסכימים לדברי התוספתא שהביא הפר"ח מדקתני אבר הפורש ממנה וכו' דמשמע דפורש מן החי אסור גם לישראל וכן פירש"י דכפורש מן החי ומטמא כאבר מן הנבלה ע"כ, והואיל דמטמא ודאי דאסור מדאוריתא ונמצאו לכאורה דברי הש"ס דילן מסכימים לדברי התוס' הנז' והך מימרא פסקה הר"מ לענין טומאה בפ"ג מה' טומאת אוכלין דין ד' וע"ש וגבי ן' נח פסק כן בה' מלכים פ"ט דין י"ב וכמ"ש עליו מרן יע"ש, וא"כ גם מהש"ס דילן מצאנו ראיה לדעת רבינו ולא ידעתי אמאי הפר"ח לא הביא סעד זה. אכן במעט קט מן העיון אומר אני דאין מהש"ס דילן ראיה והוא כי הלא ידעת דאיסור אבר מן אחי אינו נוהג אלא בטהורה ולא בטמאה וכמ"ש הר"מ ריש פ"ה מה' מאכלות אסורות דהלכה כחכמים שנחלקו עם ר"י פ' גיד הנשה דף ק"א ע"ב יע"ש אבל בבן נח נאסר בין טהורה בין טמאה וכמ"ש הר"מ שם בה' מלכים דין י"ג יע"ש. ולישראל שרי בטמאה. ולית ביה איסור אבר מן החי. ובכן הדבר פשוט שגם אמ"ה הפורש מבהמה טמאה לישר' שרי כמ"ש שם הר"מ מהסוגיא דפ' גיד הנשה ד' הנז' וא"כ הך דקאמר דרב אושעיא ישר' ששחט בהמה טמאה לגוי וכו' אבר הפורש וכו' ואסור לבני נח דהיינו דוקא לבני נח שהוזהרו בטמאים כטהורים אמגם לישראל שרי וא"כ גם מאי דנקט סיפא וכן גוי ששחט בהמה טהורה וכו' איכא למימר דס"ל דדוקא בבן נח אבל לישראל שרי ולית ביה באבר הפורש מן החי אלא מצות פרוש מדבריהם אי נמי אבר הפורש שאני דהוי איסורא משום אבר מן החי ולא דמי לאבר המדולדל ונמצא דאין מש"ס דילן ראיה לדעת הר"מ אכן מהתוספ' נראה שהיא ראיה אלימתא לדעת הר"מ אלא דאכתי קשה לי דאם ראיה שלו היא מהתוס' הנז' א"כ אמאי לא פסקא להלכה בפ"ט מה' מלכים לענין בן נח שאסור באבר המדולדל הואיל ונאסר באבר מן החי וצריך לומר לדעתו ז"ל דס"ל דלעולם בן נח לא נאסר אלא באבר מן החי דוקא ולא באבר המדולדל, והך דתני בתוספתא דאבר המדולדל נאסר לבן נח אינו בן נח ממש אלא לישראל קודם שניתנה תורה להם שנקראו בני נח. וכן מצאתי לרש"י ז"ל במס' ע"ז דף כ"א ע"א גבי הא דאמר ר"א מנין למחוסר אבר שהוא אסור ל"ן נח שנאמר מכל החי מכל בשר ופי' רש"י וז"ל לבני נח כל זמן שלא ניתנה התורה אף יש' נקראו בני נח כונתו בזה דבן נח ממש לא נאסר במחוסר אבר אלא דוקא ישראל. והגם דמייתי ראיה מקרא דכתיב גבי בני נח כבר התו' שם בע"ז דף ה' ע"ב ד"ה מנין למחוסר אבר וכו' עמדו בזה יע"ש. והגם שרש"י בדף הנז' לא פי' כן יע"ש, ונמצאו שני פרושים שאינם מכוונים יש ליישבן ודוק. מ"מ נקטינן מדבריו פי' דבן נח אישראל קאי וקודם שניתנה התורה.

אמור

הדבר אשר דיבר אדוני משה יל"ו .

האמנם אחר המחילה רבה מכת"ר נעלמה מעיני חכמתו אשר האריך בהגהה זו הרב כנה"ג בהגהתו לטו"ד סי' נ"ה אות י"ג שפלפל בחכמה בהויות דאביי ורבא לפרש דברי ההגהה הנז' דלא אתייא לא כרש"י ולא כהרי"ף ז"ל, וברוח מבינתו הגיה ב' הגהות בהגהה הנז' ועלתה הסכמתו בכונת ההגהה דאזיל לשיטת רש"י ז"ל כאשר עיני הרואה המה יביטו יראו דבריו הנאמרים שם באורך וברוחב אין צורך להעתיק מיהו מילי הלא בספרתו והנה כי כן יאמר נא ישראל עבדו דלפי שיטה זו לא העלה ארוכה למחלתו שתמה על ראבי"ה שהרי דברי ההגהה הם דברי ראבי"ה ואזיל לשיטת רש"י ואין ספק דכת"ר אישתמיטתיה דברי הכנה"ג ונפלאה מזיו הדרו. ואני בעניי לבי ולבך שוים לטובה דכונת ראבי"ה לפסוק כשיטת הרי"ף ז"ל ולא כרש"י ז"ל ותמה אני על הכנה"ג איך נעלמו מעיניו דברי ראבי"ה שהובאו במרדכי בפנים המה המורים דאזיל לשיטת הרי"ף ומה יענה להם ומה נועיל. בהגהותיו וביישובו אחרי שדברי ראבי"ה הם בהפך כי באמת היא הפיסה להכנה"ג אם לא שנאמר דס"ל שדברי ההגהות אינם דברי ראבי"ה זולתי מאיזה גאון ולא נזכר שמו והוא דוחק כי בתחלת דבריו כתב אבי העזרי כאשר יראה הרואה ולא נפלאת היא בעיני דיד הדוחה נטויה דמ"ש שם בהגהה בתחילת דבריו אבי העזרי אדלעיל מינה קאי אמנם ברין השברים הם דברי גאון אחד ואת שמו לא הגיד ובזה אין שום סתירה להכנה"ג ולא לתירוץ כת"ר יל"ו .

אבן לדידי חזי לי שהם דברי אבי"ה ועבידנא ליה סמתרי דירחה לי אני הדיוט שגם בהגהה הנז' אזיל לשיטת הרי"ף והר"מ ז"ל והוא העיקר ומה שקרא עליו ערער לשיטה זו ותמה תרי תמיהי הכנה"ג חדא דאיך כתב אבל ודאי מאותו עלם ולמעלה אין נוהג בו דין דפסיקה והלא לפי סברת הרי"ף ז"ל אין נוהג בו דין דנשבר אלא לאבר לא לבהמה ואחר המחילה רבה מעלמותיו הקדושים לא קשה כלל דעינו הטעתו דס"ל דפי' מ"ש אבל ודאי מאותו עלם ולמעלה איירי בשוק שבו צומת הגידין ולכן תמה עליהם לא כן אנכי עמדי דנר' לי דמ"ש אבל מאותו עלם ולמעלה פי' למעלה מן השוק והוא עלם הקולית שם אין נהוג בו דין הפסוקא כלומר לחוש לפסיקת הגידין דשם אין גידין נמלאים זולתי נוהג בו דין דנשבר העלם ואם יצא לחוץ גם הבהמה נטרפת לשיטת הרי"ף כל שאין עור ובשר חופין את רובו ככ"ל ביאור דבריו והוא פשוט למעיין בהגה. גם מה שתמה הכנה"ג לפי שיטה זו וז"ל ועוד קשה אי קאי כסברת הרי"פ איך כתב והא דפרישנא דאם נשבר העלם ולא יצא לחוץ בין בעוף בין בבהמה דכשר וכו' והלא לס' הרי"ף אפי' יצא לחוץ העוף והבהמה מותרת ע"כ. אני אומר דלא דק, דאיברא שכן כתב הרי"ף וכן נמי ס"ל להגהה ומ"ש ולא יצא לחוץ בעלם הקולית הוא וכן כתב להדיא דכשר אף למעלה מאותו העלם ובעלם קולית היא ולכך בעינן שלא יצא לחוץ דאם יצא לחוץ בפרק השלישי הדבר ברור דגם הבהמה נטרפת כל שאין עור ובשר חופין אף לדעת הרי"ף ולכל השיטות ונמלא דגם תמיהה זו אזדא לה ונמלאו כללן של דברים דלפי קע"ד לדידי חזי לי ברור כשמש וכשחר נכון שכונת דברי ההגהה הם כשיטת הרי"ף והר"מ ואין לורך לשום הגהה כי אשר עיני בשר לו יעיד על דרך אמת ולדק כאשר כתבתי ודברי הרב הנז' אחר המחילה רבה אין להם שחר ולריק יגע בדברים שהם ברורים כשמלה. ועוד לאלוק' מילין לפלפל עליו ביסודו אשר שם בכונת ההגהה דאזיל לשיטת רש"י דמפיק ודחיק ואתי למרחיק ולהיותי חפץ להיות מטפס ועולה איני מאריך טרחא ואליך המעיין נשאתי עיני לשים עין שכלך בזה ואתה תבחר ולא אני ועפ"י הדבר האמור נמלא שגם דברי ההגהה הם דברי אבי העזרי ודבריו לודקים למ"ש במרדכי לפנים דאזיל לשיטת הרי"ף והר"מ ואין בהם נפתל ועקש. ומודה אני ובא לתירוץ כת"ר שישב לדעת ראבי"ה דאזיל לשיטת הרי"ף והר"מ כן היא האמת וה' עמו שהלכה כמותו ודלא כמ"ש הכנה"ג דאחר המחילה רבה לא לדק כלל וכדכתי' והוא פשוט ומרוב פשיטותו לא ידעתי למה הולרך כת"ר לאחוז במי מילין להקשות ולישב כי זו בעיני משנה שאינה לריכה .

עוד ראיתי בדברות קדשו שעמד פרקליט להלין בעד הגאונים להלילם מפח יקוש מתמיהת הר"ן ז"ל שתמה עליהם מהך עובדא דהנהו גידין דאתו לקמיה דרבא דזה יורה כדעת רש"י ולדברי הגאונים הדבר תמוה והסכימה דעתו דעת עליון בזה דהגאונים יסברו כדעת הר"מ דס"ל דאיסור אבר המדולדל הוי מן התורה. וכתב וז"ל תדע לך דהא מכלל הגאונים דהכי ס"ל דאין טרפות בעלם האמלעי הוא הר"מ ז"ל וכו' והכריח שם ה"ה ז"ל דהר"מ ס"ל דאבר המדולדל יש בו איסור תורה וכו' עד איך שיהיה נמלאת אומר דמאחר דמלינו לגאון אחד מהנהו גאונים דס"ל דאיסור אבר המדולדל הוי מדאוריתא נוכל לומר דגם שאר הגאונים הכי ס"ל נמי וכו' וזה יליב ונכון ותו לא מידי אלו דבריו יל"ו דרך קלרה .

ואנא הוא עבדא דסיגדנא קמיה דמר ומקמיה דיקר אוריתיה אחר המחילה לא בא אל נכון בזה, חדא דהר"מ ז"ל אינו מכלל הגאונים כנודע ואין ממנו ראיה לשאר הגאונים. ואי הוה משכח כן בדברי גאון אחד מהגאונים בודאי מודינא שדבריו חזקים כראי מולק. אכן מדברי הר"מ אין ממנו ראיה להם. ואדרבא מלינו לשני מלוקי ארץ שהעלו לענין הארוכא כדעת הרי"ף והר"מ, ולענין אבר מדולדל העלו דאינו אלא מדרבנן, זה ילא ראשונה דעת ראבי"ה אשר ראו עיניו במרדכי והסכימה דעתו דס"ל כהרי"ף וסיעתיה ככתוב בדברי קדשו והוא אמת ויליב כאשר הארכתי לעיל והוכחנו כן במישור. ואפ"ה סיים שם בדבריו מיהו לריך לחתוך את האבר ומשליכין אותו לחוץ וס' כדין האברים המדולדלים בבהמה דאסורין מדרבנן אמ"ה וכו' יע"ש. הרי דראבי"ה ס"ל כשיטת הרי"ף והר"מ ואפ"ה לענין איסור אבר המדולדל כתב דהוי מדרבנן. גם הסמ"ג עשין ס"ג דף קמ"ג לענין ארכובה כר' דס"ל כהרי"ף והר"מ שהביא דברי רש"י וכו' ואח"כ כתב אבל רב אלפס פוסק להקל כלשון אחר שאין נחתכו רגליה פוסל אלא למעלה מן הארכובה העליונה וכו' וכן פוסק מורי כרב אלפס וכו'. והרואה יראה שדעתו מסכמת לדעת רבו הוא הר"מ ז"ל שכן כתב וכן פוסק מורי . וידוע דכל דבריו מיוסדים עפ"י הר"מ רבו. ואילו לענין אבר מדולדל כתב שם אח"כ וז"ל ואם נשבר העלם למטה מן הארכובה , ואין רוב בשר קיים אבר אסור בהמה מותרת פי' אבר אסור משום אמ"ה מד"ס ולא מדברי תורה כאשר ביארנו ואמר ר' יוחנן אותו אבר אין בו אלא מלות פרישה מדברי סופרים בלבד ואם נולדו בו ספיקות הולכין להקל ע"כ, הרי דהגם דס"ל דארכובא היא העליונה כדעת רבו הר"מ ואפ"ה לענין אבר מדולדל ס"ל דאסור מד"ס . וגם ראבי"ה ס"ל הכי. אמור מעתה מהימנו הרועים אלו לתמיהת הר"ן מההיא דהנהו גידין וכו'. וביותר תפול התימה על הסמ"ג שם דף הנז' שכתב וז"ל ואין הגידין משלימין לכסות השבר כמו העור אעפ"י שהן רכין עתה הואיל וסופן להקשות כך המסקנא שם ע"כ. והתמיהה מבוארת דמה שייך שם בארכובה העליונה הא דגידין לדידיה דפסק כהר"מ כנז'. ולענין אבר המדולדל כתב דאין איסורו אלא

מד"ס

שאלות ותשבות על חלק יורה דעה

סימן א׳.

הלכות טרפיות.

בענין הסברים שנסתפק רב אחאי יצ"ו בספרו ס׳ אדמת קדש בחי"ד סימן א׳ ושלח אלי וזאת תשובתי על דברי קדשו.

למשה היה למנה הדעת והתבונה רב אחאי בר אבא אוריין ובר אבהן ריכא בר ריכא, לפניו נגלו תעלומות חכמה דיינא ונחית לעמקה של הלכה, מי כמוהו מורה מוליא אסירי"ס בכושרו"ת יורה יורה ידין ידין בהדא שותא פלכא. שקול משה כנגד כל ישרא"ל כל רז לא אניס ליה והוא העלמה מפרך כלאחר יד ומסיק תעלה ואדוכה. מה נכבד היום בהגלות נגלות גלילי ידיו קדש והיו למאורות לעיני כל ישרא"ל שקיל וטרי בארבע אמות של הלכה, יודע את רבו ומכוין בטוב טעם ודעת למנהגן של ראשונים דהבא פריכא, לא בי היא לא מינה ולא מקצתה וביתי ריקן אין לחם ואין שמלה לנה, א"כ איפה אחרי מי יצא מלך ישראל ממשש את כל כלי ואין כ"ל ואין עונה דגמיר מיכה מיכה, לולא כי ידעתי נפשי שמתני לפי רוב הענוה אותי שלח ביהודה ועוד לאמר החזק במוסר אל תרף כי עוז והדר לבושה וצניף מלוכה, ולכן הריני יורד ברשות ובהורמנותיה דמר ניהו רבה מרא ומכניכא. ואשתעשע בתורת משה עפ"י קונטריסו לא לחלוק חלילה זולתי כתלמיד לפני רבו ללמד דעת אותי ולא כצרכה להלכה, ואחר סמוך אסובבה אל מקדשי אל אבותינו הקדושים נ"ע להכריע הוראתם כננס ע"ג ענק לפקע"ד ואם דל הוא ועל הכל תורתם תכריע וזו משנה שאינה צריכה, וזה החילי בס"ד הוא יעמוד לימיני לכוין לדבר הלכה.

תחלת דיבר לישב תמיהת הרב דמשק אליעזר במ"ש רב זה וזה אסור. וכתב וז"ל ולי הדיוט נראה שכונת רב באומרו זה וזה אסור במ"ש רש"י ז"ל ריש דף ע"ד במאי דאהדרינהו וכו׳ אמור מעתה דלהכי נקט במלתיה זה וזה אסור לומר שאם מתה וכו׳ מתרינן משום אמ"ה ואם בא לאכול משאר וכו׳ מתרינן ביה משום נבלה וכו׳, ולי הדיוט אחר המחילה לא מחוורא מלתא חדא שדברי רב הללו אמתני׳ קאי ובמתני׳ לענין שחיטה הוא דתנינן לה ועלה קאי רב ומעתה הואיל דבמתני׳ לא נזכרה מיתה מה לו לרב להשמיענו דבר זה הכא דבשחיטה עסקי׳ וכל כי הא נדרשתי ללא שאלוני היא, ותו דהן לו יהי כדבריו דמ"ש זה וזה אסור היינו לומר דלענין האבר מתרינן ביה משום אבר מן החי ולענין הבשר משום נבלה. א"כ יקשה ממאי דפריך תלמודא עלה שלחו מתם הלכתא כותיה דרב ואבר עלמו מטמא במשא ופריך עלה ממתני׳ וקאמר עלה הדורי אפירכי ל"ל וכו׳ ואם כדבריו טפי הו"ל לש"ס לאקשויי מדברי רב עצמו דהיכי קאמר דמטמא במשא כנבלה. והלא רב אמר זה וזה אסור דבאבר אין בו אלא משום אמ"ה ולא מתרינן ביה משום נבלה והן אמת דבר מן דין תמיהה לי דאמאי לא פריך ממימרת רב גופיה דף ע"ד דקאמר אכלו לזה אינו לוקה ואם איתא דמטמא במשא אמאי לא לקי ולמה ליה לש"ס לאהדורי אפרכי אחרנייתא לותביה מדברי רב גופיה. כי ע"כ מכח זה נ"ל דהאי דקאמר ואבר עלמו מטמא במשא אינם דברי רב וסברתו אלא דשלחו מתם הכי ורב גופיה לא ס"ל הכי והלכך לא פריך מרב גופיה, ועפ"י זה לדק כתר׳ בישובו ואין בהם מקושי שהקשיתי כנלע"ד לחזק את

דבריו, מיהו לעיקר תמיהת הדמשק אליעזר הנז׳ גם אני אענה חלקי הנר׳ לענ"ד דמאי דאמר זה וזה אסור היינו משום דבמתני׳ לא קתני אלא נחתכו לחוד ואילו רב נקט דינו בנשברו לאשמועינן דנשברו שוה דינם לנחתכו וכמו שנתעוררו בזה התו׳ שם בד"ה ואם לאו זה וזה אסור יע"ש. ולכן נקט רב זה וזה לומר דבין נשברו בין נחתכו אסורין כנ"ל, וסעד לדברי מלאתי במישרים נתיב ט"ו ע"ג וז"ל נשבר העלם ולא נחתך לגמרי ורוב בשר שעליו קיים מן הארכובא כלומר בכל מקום אם שנחתך שם לגמרי טריפה עכשיו שנשבר וכו׳ מאחר שרוב בשר קיים אותו האבר והבהמה מותרים ואם אין רוב בשר קיים זה וזה אסור כאלו נחתך שם לגמרי וכו׳ ע"כ, הרי דאחר שכתב זה וזה אסור סיים עלה כאלו נחתך לגמרי דנר׳ כונתו נמשכת למה שפיר.

אי נמי נ"ל דמאי דקאמר זה וזה אסור כונתו בזה דבנשחט הא קאמר רב גופיה דף ע"ד דאכלו לזה אינו לוקה דשחיטה אינה עושה ניפול, ורב הכא אמתני׳ קאי דהגן נשבר העלם שחיטתו מטהרתו ועלה קאי רב דאם אין עור ובשר חופין זה וזה אסור לומר דאף האבר אסור משום טריפה וחד איסורא אית להו ולית ביה משום אמ"ה הואיל ושחיטה אינה עושה ניפול. ומלאתי הדבר מפורש כדברי שכתב הסמ"ג עשין ס"ג דף קמ"ג ע"ב וז"ל עוד גרסינן בפ׳ כ"ה אמר רב וכו׳ ואם לאו בין בהמה בין אבר אסורין פי׳ אף האבר אינו אסור מן התורה אלא משום טריפה ולא משום אמ"ה דתניא ששחיטת טריפה מטהרת מידי נבילה אותה ואת האבר המדולדל בה ואם היה לו דין אמ"ה הלא מטמא כאבר מן הנבלה כמ"ש בפ׳ העור והרוטב ע"כ, הרי לך כדכתי׳ ונאים הדברים למי שאמרן. ואל יקשה עליך מה שתמהתי על תירוץ כת"ר דאמאי לא פריך הש"ס מדברי רב עצמו דקאמר זה וזה אסור ומהיא דאכלו אינו לוקה כי לפי מאי דתרילית לעיל לפירושו יתורץ נמי לדעת הסמ"ג כנז"ל.

עוד בדברי קדשו כתוב לאמר על פסק ראבי"ה שהובא במרדכי וז"ל כתב ראבי"ה אם נחתך או נשבר העלם וכו׳ ותמה עליו מר שי׳ וז"ל ולכאורה ק"ל בפסק זה של ראבי"ה דנר׳ דלא אתי לא כרב ולא כשמואל וכו׳ והפליג בתמיה והעלה ארוכה בלשון חכמים וז"ל ובמעט קט מהעיון נר׳ דלא קשיא ולא מידי דזה מורה באצבע דראבי"ה ז"ל ס"ל כאוקמתא בתריתא דאוקי רב פפא וכו׳ וכלל דבריו הם דראבי"ה אזיל לשיטת הרי"ף והר"מ דפסקו כאוקמתא בתריתא דלמעלה מן הארכובא היינו פרק שליסי והוא הקולות אבל בעלם האמלעי אין בו טרפות אלא משום צומת הגידין ואם נשבר למעלה מצומת הגידין אין הבהמה נטרפת רק האבר אסור משום אבר המדולדל זהו תורף דבריו דרך קצרה ובקונטריסו בא דרך ארוכה, ולי אני הדיוט נר׳ שאמת ויציב הדבר הזה וכ"כ בהגהות מרדכי שם סי׳ תשל"ט בשם ראבי"ה וז"ל אבי"ה אם יש חתוכא או לקותא בארכובה עלמה וכו׳ ושם צומת הגידין וכו׳ שאם יהיה פסוקים בכל אותו עלם בעוף ובבהמה אסור דשמא נפסק א׳ מן הגידין. אבל ודאי מאותו עלם ולמעלה אין לחוש לפסיקא ונוהג בו דין דנשבר העלם ולא יצא לחוץ טריפה ואם עור ובשר חופין את רובו מותר אף כי יצא חוץ והא דפרישית דאם נשבר העלם ולא יצא לחוץ בין בעוף בין בבהמה דכשר ואף למעלה מאותו עלם מיהו צריך לחתוך את האבר וכו׳ דאסורים מדרבנן משום אמ"ה וכו׳ יע"ש. ובאמת לפקע"ד כך הבנתי כונתו דאזיל לשיטת הרי"ף והר"מ ז"ל והוא

דשאני בארבעה מינים שבלולב שהתורה חייבה על ארבעתן כמ"ש ולקחתם לכם וכו' דבעי' לקיחה תמה לכן כל שחסר א' מהם בעת הברכה ושוב נזדמן לו מברך על המין ההוא כיון דיש מצוה בכל א' בלקיחתו. משא"כ בחנוכה דעיקר חיוב חז"ל אינו אלא נר א' בכל לילה זכר לנס. והך ריבוי הנרות אינו אלא להידור מצוה בעלמא אמטו להכי כתב דא"ל לחזור ולברך כיון דמתחלה הברכה היתה על חיוב כל הנרות.

א"נ נ"ל דבשלמא גבי לולב כשחסר מין א' בעת הברכה ושוב כשמברך על המין שבא כגון על הערבה או על ההדס דמברך על נטילת ערבה או על נטילת הדס הרי ניכר בעת הברכה שמברך על המין שהיה חסר ממנו בתחילה שהרי מברך להדיא על נטילת ערבה או על נטילת הדס. משא"כ כשחסר נר א' של חנוכה כשחוזר ומברך אינו ניכר בנוסח הברכה שהוא מברך על הנר שחסר שהרי נוסח א' לכולן להדליק נר חנוכה ומי מפיס בעת הברכה שהוא על הנר שחסר הילכך העלה דאין לברך כיון דמתחלה היה על חיוב כל הנרות. דוגמא לדבר העליתי בתשו' בספרי פרי הארץ במי שנתחייב בברכת הגומל על ארבעתן בב"א אם יש לברך ד' פעמים ברכת הגומל או אם די בברכה א' והעליתי דדי בברכה א' מטעם דלא מנכרא מלתא עיין עליו. ה"נ בנר חנוכה דכוותה נקטי' מכל הני מילי שדברי הא"ח סתרי אהדדי דממ"ש בה' לולב נר' דיש לברך על המין החסר ואילו הכא בנ"ח כתב דאין לברך ואמטו להכי כתב הפר"ח ועוד וכו' לו' דכמו שפסק כאן דא"ח תאין לברך כן עיקר כנ"ל ליישב דברי הפר"ח בזה. ומאי דהוינא בה במ"ש דאפי' התרומת הדשן יודה בזה ולא פירש טעמו נ"ל שטעמו ונימוקו עמו דהחילוק ברור דשאני בנדון התה"ד דהעלה לברך משום שהאיש לא הדליק כלל הילכך העלה לברך מטעם מהדרין. משא"כ בנדון הרב שכבר בירך על נר החיוב ואידך שארה אינו אלא משום הידור הילכך העלה דגם הת"ה יודה בנ"ד דאין לברך וכדכתי' לעיל.

ומתוך דברי הפר"ח הנז' הריני יוצא לדון בנ"ד כמו כן דאין לו לחזור ולברך ומפשטה בעיין. גם מתוך דברי הלבוש בא"ח סי' תרנ"א שהביא תשו' מוהר"ס בסעיף י"ג וז"ל מי שהיה נוטל את הלולב בידו לברך עליו והיה סובר שישנן שם כל הד' מינים ובירך עליהם ואח"כ עיין בהם ורואה שנחסר בהם מין א' או הדס או ערבה וכו' עד מיהו לא יחזור ויברך על נטילת לולב שהרי בירך עליו כבר אלא יעשה הברכה על אותו המין שהיה חסר כגון על נטילת הדס או ערבה שכיון שלא היה מצורף עמהם בתחלה וגם הוא לא היה בדעתו שיטלנו אח"כ שהרי לא היה יודע שהיה חסר לא נפטר בברכה הראשונה. ממאי דנקט וגם שלא היה יודע שהיה חסר לא נפטר. ש"מ הא אם היה יודע שהיה חסר ואפי"ה בירך לדעת הסוברים שמברך על כל א' מהם הואיל ובירך בראשונה מפטר שהרי דעתו ודאי שאם יבא לו המין החסר יטלנו. ה"נ דכוותה הואיל וידע שחסר לו שמן לשאר נרות אמדי' דעתיה דמסתמא כשבירך דעתו היה שאם יזדמן לו עוד שמן יהא נפטר. זאת לא זאת ממ"ש שמברך על נטילת ערבה או הדס וכו' איכא למימר דבשלמא התם דנוסח הברכה מוכחת שמברך על המין שחסר הילכך חוזר ומברך על המין ההוא ועוד ממ"ש דאפי' שמברך על המין החסר מ"מ הרי כתב דאין לברך על נטילת לולב שהרי כבר בירך עליו אמור מעתה דבנ"ד דאם יחזור ויברך על הנרות שחסרו לא מנכרא מלתא בנוסח הברכה שמברך עליו דבשלמא אם היה מברך אקב"ו להדליק ב' נרות או ג' נרות אה"נ שהיה לו לברך דהא מנכר מלתא דלפי מנין הנרות שחסרו הוא מברך אבל מאחר שאינו ניכר כשמברך להדליק נ"ח שהוא מברך על הנרות שחסרו ודאי דל"ל כי הא אין לו לברך רק ידליק בלא ברכה כנ"ל דהו"ל כההיא דכתב דלא יברך ע"נ לולב שכבר בירך עליו ה"נ בנ"ד דכוותה.

עוד נ"ל להביא ראיה שלא לברך בנ"ד ממ"ש הכנה"ג בהגהתו לטו"ר סי' תרע"ג ז"ל ונר' בעיני שאם הדליקה בפני הרוח וכבתה צריך לחזור עוד ולהדליקה במקום שאין שם רוח שהרי הואיל ואינה יכולה לעמוד בפני הרוח הרי הוא כמי שלא נתן בה שמן כשיעור ריא"ז הובאו דבריו בשלטי הגבורים פ' ב"מ. אמר המאסף ואין צריך לחזור ולברך דמצות הדלקה הא עבדא כמ"ש הרשב"א בתשובה עכ"ל. ואיברא דמ"ש הכנה"ג שאין לחזור ולברך והביא ראיה מדברי הרשב"א לע"ד קשה דאיברא דהרשב"א כתב כן מיהו הרואה יראה דלא כתב כן אלא בנכבית בשוגג שכתב וז"ל הביאו מרן סי' תרע"ג נשאל הרשב"א אם לאחר שהדליק בא לתקנה וכבה אותה בשוגג אם חייב לחזור ולהדליק ואם מברך פעם שנית והשיב מסתברא שאינו חייב להדליקה דהו"ל ככבתה שאין זקוק לה דהדלקה עושה מצוה וכבר הדליקה ואם בא להדליקה אינו מברך עליה דמצוה הדלקה הא עבדא ע"כ. הרי שדברי הרשב"א אינם אלא בכבתה בשוגג אבל בנדון ריא"ז דהדליקה בפני הרוח והו"ל כאילו חסר השמן מהנר והו"ל במזיד מה טעם לו' דלא יברך הא אין הנדון דומה להרשב"א זלה"ה דהתם בשוגג והכא במזיד הוא. ועוד דמאחר דחשיב כאלו לא נתן בה שמן כשיעור, הלא בלא נתן שמן כשיעור וחסר שמנה העלה הרא"ש דלא יצא י"ח. וגם הכנה"ג כתב כן וכיון דלא יצא י"ח הו"ל כחיסר שמנה ולא עשה מצוה כלל וצריך לחזור ולהדליקה בברכה וכעת דבריו שגבו מני ולא יכולתי להולמן. ומ"מ אם נלך לדון אחר דברי הכנה"ג הנז' שהעלה דידליק בלא ברכה. מינה נפקא גם לנ"ד דידליק בלא ברכה מק"ו דהלא התם דהו"ל כאלו לא נתן שמן כשיעור ועם כל זה העלה דידליק בלא ברכה כ"ש הכא דידליק בלא ברכה. הרי צדדנו כמה צדדין להדליק בלא ברכה ואפי' שנאמר דיש לצדדין לכאן ולכאן מ"מ מידי ספיקא לא נפקא והלכה רווחת בישראל בכמה דוכתי ספק ברכות להקל כל זה כתבתי אם יסכים עמי עליון וקדוש מו' אליעזר הגדול שי' ועל פיו יקום דבר למשפט כה דברי מעתיר לאל נור מבטן גוחי, אשפוך לפניו שיחי, יזכני ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי.

הצעיר **ישראל מאיר** כמהר"ר **יוסף מזרחי** ס"ט.

: יציבא מלתא וקבוע שלא לחזור ולברך בנ"ד כאשר הורה גבר הרב הפוסק הי' בטעמיה וכהלכתיה

נאם **אליעזר נחום** ס"ט.

סימן ג'.

הלכות שבת.

שאלה על מה נהגו העו' לדוך בשבת שומים ע"י שינוי שלכאורה נראה דאפי' על ידי שינוי אסור ועל כן דברו יבא בטע"ו ושכמ"ה.

תשובת הרב המחבר על זה הלא היא בס' אדמת קדש ח"ב חלק או"ח סי' ד' באורך וברוחב ומפני הוצאת הדפוס לא הוצרכנו להדפיסה פה יעש"ב.

ובספר הנז' בחלק ב' חא"ת השיב הרב אדמ"ק תשובה נצחת על דברי הרב המחבר ז"ל נדון על זה. ומה לנו לשנות את הידוע קחנו משם.

הוא לחזור ולהדליק בברכה. ולפי האמור אכתי לא מפסטא בעין לדעת היכי נעביד עובדא דיש לדון לכאן ולכאן.

ולכאורה היה נר' להביא ראיה לנ"ד ממ"ש התרומת הדשן בסי' ק"א בדין אכסנאי שמדליקין עליו בביתו אם רשאי הוא להדליק בברכה חוץ לביתו ולבסוף עלתה הסכמתו דמטעם מהדרין יכול הוא להדליק בברכה דכי היכי דיש הדור בנר לכל א' ואחד ה"נ יש הידור בנר לאיש ונר לאשתו בשני מקומות יע"ש. הרי דהגם דמדינא כל שמדליקין עליו בני ביתו תו לא מחייב להדליק מ"מ מטעם מהדרין הטלה להדליק גם הוא במקומו בברכה. אמור מעתה בנ"ד דכיון דנהוג עלמא להדליק בכל לילה כל הנרות שעברו משום מהדרין. דאף שכבר בירך על נר החיוב כל היכא שבא לו שמן באחרונה יכול הוא להדליק השאר ולברך עליהם משום הידור מצוה אף שכבר נפטר במה שבירך על נר החיוב דיש לדמותו לנדון הת"ה דחד טעמא אית להו.

אבן שבתי וראיתי דלא מכרעא מלתא דאכתי יש לחלק בין נ"ד להויא דהת"ה דשאני התם שהאיש לא בירך כלל בנ"ח הגם דאשתו הדליקה ובירכה מ"מ מטעם מהדרין הטלה שידליק היא בברכה דאכתי חיוב הדלקת נר חנוכה רמי אכתפיה שהרי הוא לא הדליק עדין ולא בירך. משא"כ בנ"ד שהרי בירך והדליק על נר אחד אפי' דאכתי מחסר ליה הדלקת שאר נרות משום הידור מצוה לא מפני זה נאמר שיחזור וידליק בברכה דדי לן לו' שידליק השאר משים הידור מצוה אבל לא להטעינו ברכה מאחר שכבר הדליק נר א' בברכה ונפיק בה הו"ל אידך ברכה שאינה לריכה.

ותו דהגם שנדמה נ"ד להויא דהת"ה הרי מרן ז"ל בסי' תרע"ז הביא דבריו וחלק עליו ואמר וכ"ל דאין לברך ברכה שאינה לריכה. ומאחר שדעת עליון מרן זלה"ה כן דון מינה לנ"ד ג"כ דאין לברך כלל.

ומצוה להביא מן החדש הוא מרנא ורבנא הפ"ח סוף סי' תרע"ב כתב וז"ל נשאלתי על מי שהיה עומד בליל ז' וכו' וכסבור שהוא ליל ו' והדליק ו' ואח"כ נודע לו שהוא ליל ז' ולריך להדליק נר אחר אם יברך, והשבתי דכיון דמלות חנוכה נר איש וביתו ואיכך דמדליק הוא משום הידור לא בעי לברוכי ועוד שהרי כתב הב"י בשם א"ח מי שלא הדליק בליל ג' אלא ב' נרות זה היה מעשה בלוניל והסכימו שידליק מה שחסר להדליק וא"ל לברך פעם אחרת ואפי' לפי דעת הת"ה שכתב דאכסנאי נמי אם רלה להדליק בברכה משום הידור שפיר דמי מודה הכא וכ"ש שאין דבריו מחוורים עכ"ל.

ואנא עבדא דסגידנא קמיה ומקמיה דיקר אוריתא ולחיכנא עפרא מתותיה גרסה נפשי לתאבה להבין אמרי קדוש כתלמיד לפני רבו דידענא ביה כי רב תנא הוא וכל דבריו הם בעומק. ואני בעניי נר' לי לדקדק דבריו על כל קוץ וקוץ. ראשונה במ"ש ועוד שהרי כתב הב"י בשם א"ח וכו' דמאי ועוד דקאמר כאלו יש הבדל בין נדון שלו לנדון דא"ח הלא ממש דינו הוא הוא דין הנ"ח מיד הי"ל להשיב דין זה נשאל הא"ח והשיב וכו' ומאי ועוד דקאמר כאלו יש הבדל בינו לבין הא"ח וטפי הל"ל נ"ל כסברת הא"ח. תו יש להבין במ"ש ואפי' לפי דעת הת"ה וכו' מודה הכא. וסתם את דבריו ולא הודיענו טעם לדבר דהת"ה יודה לדינו מה טעם קאמר. ובעניותי נ"ל ליישב על ראשון ראשון מאי דהוינא בה להבין מלת ועוד איכא לשנויי בחדא מתלת גווני. זה יצא ראשונה דמאחר שדין הא"ח לא פסקו מרן בשלחנו הטהור נר' דלא שמיע ליה כלו' לא ס"ל אמנם הפר"ח בחכמתו עלתה הסכמתו מלד הדין דידליק בלא ברכה והביא סעד מדברי הא"ח. כי כן ס"ל דהוי דינא הכי הגם דמרן לא הביא דבריו כל שלא ראינו שדחה בבית יוסף דברי הא"ח בפירוש יש לדון דס"ל כוותיה ומה דלא פסקו בשלחנו הוא להיות הדבר פשוט אללו שכן הוא הדין ואין ראוי להעלות על שלחן מלכים דברים פשוטים.

א"נ נ"ל דהא לפי מה שהשיב הפר"ח נר' מריהטא דבריו דפשיטא ליה דאין לברך על הידור מלוה מדקאמר ואיכך דמדליק הוא משום הידור לא בעי ברוכי. ואילו מדברי הא"ח נר' דחלוק הוא בזה דאף בשאר נרות דהוי משום הידור בעי ברוכי אלא דהכא שאני כי הברכה שעשה בתחלה על חיוב כל הנרות עשהו. וממ"ש כן נר' דהכא דוקא מטעם שמתחלה בירך על חיוב כל הנרות הוא דפטור מלברך הא לאו האי טעמא חייב לברך על השאר אף דהוי משום הידור. וזה הפך סברתו ז"ל דס"ל דאין לברך על הידור מלוה אמטו להכי כתב ועוד לו' דס"ל כוותיה בדינו ולא כטעמו דאילו לדידיה הטעם הוא דמשום הידור מלוה אין לברך.

א"נ נ"ל במה שמלאתי ראיתי במגן אברהם בהל' לולב סי' תרנ"א ס"ק כ"ה על מה שכתב מרן הב"י בשם הא"ח וז"ל כתוב בא"ח מעשה בהר"מ שנטל לולב ובירך ואח"כ ראה שלא היה בו ערבה וחזר ונטלו עם הערבה ובירך על נטילת ערבה ושהחיינו משום ערבה נהי שא"ל ליטול אלא הערבה בלבד מ"מ מלוה מן המובחר ליטול הד' מינים בבת א' וכ"כ הראב"ד עכ"ל. ותמה עליו המג"א ול"ע דבסי' תרע"ב כתב בשם א"ח אם לא הדליק בליל ד' אלא ג' נרות יחזור וידליק ולא יברך והניחו בתימה ואח"כ כתב ולכן נ"ל דהא"ח וראב"ד לשיטתם אזלי דס"ל דלריך לברך על כל אחד בפני עלמו אבל לדידן א"ל לברך אא"כ סח בנתים ולכן השמיטו דין זה בש"ע וכ"כ הרד"א בשם הר"מ שאם בשעה שהדליק נר הראשון היתה כונתו להדליק אחרות א"ל לברך ואם בירך והדליק ואח"כ נזדמנו לו נרות מברך בכל פעם עכ"ל. ודברי תורה כפטיש יפוצץ סלע ולכן אמרתי אליגה נא מה שיש לי לעמוד על כל פרטי המג"א הנז' לפקע"ד ואם דל הוא. תחלת דיבר במ"ש בשם הרד"א שכתב בשם הר"מ דפשט דבריו לפום ריהטא נר' שדברי הר"מ הם ממש נדון שאלתנו דכל שבירך והדליק ואח"כ נזדמנו לו נרות כנ"ד ס"ל להר"מ דלריך הוא לחזור ולברך וממילא מפסטא בעין דלריך לחזור ולברך לדעת הר"מ. אך אנכי הרואה דברי הר"מ שהביא הרד"א בלביונן ובקומתן והלא המה נשאל הר"מ ז"ל מי שהדליק נר חנוכה ובירך עליו ואח"כ הדליק נרות אחרות אם לריך לחזור ולברך או לא וכן פעם אחר פעם והשיב שזה הענין חוזר לכונת המברך כמו בשאר ברכות אם כשהדליק נ"ח ובירך עליו היתה כונתו להדליק נרות אחרות ברכה אחת לכולם. ואם בירך והדליק ואח"כ נזדמנו לו נרות אחרות להדליק מברך בכל פעם ופעם ע"כ. כונתו רלויה שנשאל על מי שמדליק בכמה בתים אם לריך לברך על כל פעם ופעם, ולזה השיב שזה תלוי בכונתו שאם מתחי' כשבירך היתה כונתו להדליק נרו' אחרות בכמה בתים ברכה א' לכולם. אבל אם כשבירך לא היתה כונתו רק להדליק בביתו או במקום א' ושוב נזדמנו לו נרות אחרות להדליק בכמה בתים אז מברך בכל פעם ופעם וזה ברור בכונתו לפקע"ד. ומתוך זה הנך רואה דאין מקום למה שכתב המגן אברהם בכונתו דנר' דס"ל דדמי למ"ש הוא דאם סח בינתים לריך לברך לזה כתב שכ"כ הרד"א בשם הר"מ, ולע"ד אחר המחילה רבה שגה ברואה ואין זה כונת הר"מ רק עיקרן של דברים בדעת הר"מ כדכתי' כאשר יראה הרואה ע"ד אמת ולדק. ובכן לא מפסטא בעיין בנ"ד דלעולם כיולא דנ"ד יסבור הר"מ דאין לו לברך כיון שכבר בירך.

ומעתה הדרי בי למה שתמה המג"א על דברי הא"ח דנר' דפלגן אהדדי, ולעד"ן לחלק ביניהם

דשאני

בשמוסיף והולך כנגד ימים הנכנסים כמ"ש התוס' אב' כל שהוא לפרסם הנס הו"ל כנר דבית הכנסת דמשום פרסומי ניסא מברכין הכי נמי מברכין גם על הידור מצוה. וביותר יש ללמוד כן ממ"ש בכה"ג בהגהתו לב"י סי' תרע"א שהביא דברי הריב"ש הנז' והוא ז"ל נתן טעם אחר לשבח ז"ל דהא דאין מברכין על הערבה מפני שהמעשה בעצמו הוא מנהג נביאים והמנהגא לא מברכי' אבל בנ"ח דאינו מנהג אלא משום מעשה שהיה תקנו חכמים שידליקו אף שההדלקה בבית הכנסת הוא מנהג כיון שעקר נ"ח אינו מנהג ומבריכין עליה מברכין ג"כ בב"ה ומטעם זה מברכין על ההלל בר"ח כיון שעיקרו של הלל בשאר ימים הוא חובה לא מנהג מברכין עליו אף בר"ח שהוא מנהג מברכין עליו עכ"ל, אף אנו נאמר דהגם דתוספת הידור מצוה שאנו עושה הידור מצוה אינו אלא מנהג שנהגו לעשות כמהדרין כיון שעיקר הדלקת נ"ח אינו מנהג אלא משום מעשה שהיה וקבעום חכמים חובה אף שהתוספת שעושין המהדרין הוא מנהג שנהגו כן מברכין עליו דומיא דהדלקת נ"ח בבית הכנסת דמברכין עליו ודומיא דהלל דמברכין אף שאינו אלא מנהג וכטעמו של הכה"ג.

מיהו יותר מסתבר הטעם שכתב הריב"ש זלה"ה דטעמו שכתב בכה"ג ניחא לבני ח"ל דמברכין על הלל דר"ח כדעת ר"ת מיהו לבני א"י דפסקי' כדעת הר"מ וכמ"ש במחזור ויטרי שהביאו התוס' פ' היה קורא דף י"ד ד"ה ימים שהיחיד וכו' יע"ש א"כ נמצא דס"ל דאפי' שקריאת ההלל בשארי"ט הוא חובה מ"מ בר"ח הואיל והוי מנהג אין מברכין א"כ אין לנו לברך על נ"ח שבב"ה ונמצא מה שמברכין בני ארץ ישראל על נר חנוכה שבב"ה והלל דר"ח לא מברכין הם ב' דברים דסתרי אהדדי ולא מלאו אנשי חיל ידיהם במעשה רב. ולכן מחוור יותר טעמו של הריב"ש ז"ל שכתב דדוקא במנהג קל כגון ערבה שאינו אלא חבטה בעלמא אין מבריכין אבל במנהג שהוא פרסום הנס ודאי דמברכין ובזה מצאנו מקום למנהג בני ארץ ישראל דמברכין על נ"ח של בית הכנסת דמנהג ותיקין הוא.

ומכל מקום הגם דהוכחנו בין לד' הריב"ש ובין לדברי הכה"ג דיש לברך על הידור מצוה כנז"ל אין זה מספיק להביא ראיה לנ"ד דכל זה הוא סעד למ"ש בס' יד אהרן דאם הדליק נר א' ולא בירך עליו דיש לו לברך כל זמן שעוסק בהידור מצוה שדבריו יש להם על מה שיסמוכו אי כטעמיה דהריב"ש ואי כטעם הכה"ג. אמנם כיוצא דנ"ד שכבר בירך על נר החיוב הואיל ויצא בברכתו ואידך שארא אינו אלא משום דנהוג עלמא כמהדרין לדידן דאין מברכין על המנהג הכא שכבר יצא והדליק נר הא' בברכה, הדעת והסברה נותנת דאין לו עוד לברך. דהלא גדולה מזאת שמענו בענין ברכת הכשר מצוה כמו המקדש אשה שכתב הבאר שבע בתשו' סי' מ"ט דטעמא שאין מברך על הקידושין היינו משום דכיון דאינו אלא הכשר מצוה דעיקר המצוה היא פריה ורביה ואין מברכין על הכשר מצוה ונסתייע מדברי התוס' דפ' כל הבשר יע"ש. והן אמת דמדברי התוס' דחולין אין ראיה לדבריו וכאשר עמד עליו רב אחאי יצ"ו הובאו דבריו בספרי שהדפסתי ס' פרי הארץ חלק א"ח סי' ט' דף ו' יע"ש, ותתר תתירה ומנא ראיה דמברכין על הכשר מצוה ממ"ש הת"ה בסי' ק"ב בנר חנוכה שכבתה יום ע"ש שכתב דאין זקוק לה מדברכי' מבעי' אקב"ו להדליק נ"ח ואע"ג דאכתי ליכא מצוה דחשיבה הכשר מצוה יע"ש. הרי דהכשר מצוה חשיב כמצוה ולכך בנ"ח מברכין עליה אף עוד היום גדול יום ע"ש ובודאי דהיינו טעמא משום דהכשר מצוה הוי כמצוה לברך עליה הפך דעת הבאר שבע. והנה סברה זו של הת"ה פסקה מרן בסי' תרע"ג יע"ש. וטרם אבא למאי דקמן ראה ראיתי שדברי הבאר שבע שנתן טעם משום שאין מברכין על הכשר מצוה דהגם דאין מדברי התוס' ראיה כדדחי לה רב אחאי יצ"ו. מ"מ טעמו וסברתו ונמוקו עמו ויש לו אילן גדול שעד לתמכו הוא הר"ן זלה"ה כאשר הביא הוא ז"ל את דבריו שכתב בפ"ק דכתובות דטעם שאין אנו מברכין אקב"ו לקדש אשה משום דאין מברכין על מצוה שאין עשיתה גמר מלאכתה כי הא דאכתי מחסרה מסירה לחופה וכו' יע"ש הביא דבריו מר"ן בב"י א"ה סי' ל"ד יע"ש הרי דסברתו זאת מאיש לוקחה זאת הוא הנשר הגדול הר"ן ז"ל וכאשר הרב באר שבע מסתמיך מיניה יע"ש. וקרוב לזה כתב הר"מ פי"א מה' ברכות דין ח' כל מצוה שעשיתה הוא גמר חיובה מברך בשעת עשיה וכל מצוה שיש אחר עשיתה צווי אחר אינו מברך אלא בשעה שעושה הציווי האחרון וכו' יע"ש.

ואם לחשך אדם דלפי דברי הר"מ הללו יקשה דאיך פסק הר"מ פ"ג דמילה דיברך קודם שימול אקב"ו על המילה הלא אחר המילה יש מצוה אחרת שהיא הפריעה והיא עיקר המצוה כמ"ש הר"מ בפ"ב דמילה דאם מל ולא פרע כאלו לא מל וא"כ ראוי היה לברך בעת הפריעה שהיא עקר מצוה.

אף אתה אמור לו מי שלבו נקפו או' כן באין מבין שדברי הר"מ ז"ל מבוארים דההיא דהל'. ברכות לא אמרה אלא במצות מוחלקות זו אחר זו כגון סוכה שאחר העשיה יש ציווי אחר והיא הישיבה כמ"ש בסוכות תשבו בההיא הוא דכתב הר"מ דאינו מברך אלא אחר ציווי האחרון. משא"כ במילה דמילה ופריעה חד מצוה היא ועיקר המילה היא הפריעה וכשנצטווינו למול הוא ע"י הפריעה נמצא דתרוייהו חד מצוה נינהו ואינו צווי אחר וצריך לברך קודם עשית המצוה הילכך מברכין קודם שימול ועיקר ברכת המילה על הפריעה היא וזה חילוק ברור לכל מבין. איך שיהיה הרי דוגמה למ"ש הר"ן דבשביל דמחסר חופה אין לברך על הקדושין דוגמתה הם דברי הר"מ שהבאתי שכתב דאין לברך אלא על מצוה שעשיתה הוא גמר חיובא וכל דמחסרא מעשה אחרינא אין לברך כאמור. מ"מ למדנו שדברי הבאר שבע יש להם על מה שיסמוכו מדברי הר"ן ז"ל. ואל יקשה עליך לדעת הר"ן ז"ל מההיא דמדליק נר חנוכה בערב שבת דמברכין מבעוד יום להדליק נר חנוכה והלא אין עשיתה גמר מצותה אלא משקיעת החמה והיאך מברכינן עליה מבעוד יום. דאין זה אלא כאוכל ענבים קהות. דהחילוק ברור דלא אמרה הר"ן למלתיה אלא דוקא במחוסר מעשה רב כי ההיא דקדושין דאכתי מחסר מעשה בפועל דהיינו מסירה לחופה הלכך אין לברך על הקדושין. משא"כ במדליק נ"ח בע"ש דאין זה מחוסר מעשה דהלא קא עביד המעשה בשלימות דתקנה בשמן הראוי לשיעור הדלקה ומדליקה, אלא דהזמן גורם דמחוסר זמן הוא דלא סגי בלאו הכי דאיסורא דשבת רביע עלויה כל כי הא הכשר מצוה חשיב כמצוה עצמה לברך על הדלקתה וחשבי' ליה כאלו עשיתה גמר מלאכתה מאחר דא"א באופן אחר.

ומתוך הדברים הללו הנאמרים באמת הרי אתה דן לנ"ד דבשלמא אם בשעה שהדליק נר החייב בלילה ההוא היו כל שאר הנירות כנהוג להדליק משום הידור מצוה מוכנים ומזומנים לפניו בשמן זית ופתילות ארוכות ודאי כל שמברך על נר החיוב הרי נפטרו השאר בברכה זו דהכשר מצוה הרי היא כמצוה עצמה. משא"כ בנ"ד דבעת ההדלקה לא היה דעתו רק על נר אחד כי אין לו אסוך שמן אף שבירך עליה בעת ההדלקה אם נאמר דהידור מצוה הוי כמצוה וצריך הוא להדליק השאר משום הידור מצוה א"כ כל שבא לו שמן אח"כ צריך הוא לחזור ולהדליק בברכה ולא מפטר בברכה שבירך דהו"ל כאלו מחסרה מצוה אחריתי היא הדלקת שאר הנרות וצריך הוא

קודם הדלקה אבל אם בירך והדליק ואח"כ הוסיף שמן עד כדי שיעור לא יצא י"ח ע"כ. ולפי זה יש מקום

שאלה אם ראובן בשאר לילות חוץ מהראשונה לא הי"ל שמן כי אם לנר א' ויתן אותו בנר ובירך עליו ואח"כ קרה מקרה שהביאו שמן הראוי לשאר נרות אם יכול לחזור ולברך עליהם ולא הוי ברכה לבטלה או לא מי אמרי' כיון דמצות חנוכה נר איש וביתו והשאר אינו אלא הידור כבר יצא י"ח ושוב לא יברך. וכמ"ש ס' יד אהרן וז"ל כ"ל דאם יש כדי להדליק בכל לילה נר א' א"צ לחזור על הפתחים או למכור כסותו כיון דיוצא י"ח מן הדין וכו' ואם יש לו שמן בצמצום ולחבירו אין לו כלל מוטב שידליק בכל לילה א' ויתן לחבירו דהא מדינא א"צ כי אם נר א' ע"כ. או דילמא התם שאני משום דגדול כבוד הבריות שצריך לחזור על הפתחים או למכור כסותו וכן כדי שיזכה חבירו ג"כ במצוה דכל ישראל ערבים זה לזה, אמנם בנ"ד לענין ברכה כלהו חדא מצוה נינהו כיון שקבלו עליהם כל ישראל הידור זה למר כדאי"ל ולמר כדאי"ל שוינהו אנפשייהו חובה וכולן שוין לטובה לענין ברכה זכר לדבר תפלת ערבית שהיא רשות ועכ"ז שוינהו אנפשייהו חובה ומברכין והנה לענין שימוש לאורה כתוב בס' גן המלך וז"ל לאו דוקא אותם שמדליקין בראשונה למצות נ"ח אלא אפי' אותם שמוסיפין דמהדרין בכל לילה אסור להשתמש לאורה. ובסי' תרע"ו כתב ס' יד אהרן אם הדליק נר א' ולא בירך יש לו לברך על השאר וכל זמן שעוסק בהידור יש לו לברך ע"כ. אמנם בנ"ד יש לחלק וכיון דיש פנים לכאן ולכאן תבעי לן ויבא דברו בעט"ז ושכמ"ה.

תשובה אל ה' ויאר לנו בס"ד. חזה הוית השני לדדין אשר צידד מרן השואל שי' והרלה פנים לכאן ולכאן. והצד הנוטה לברך מההיא דס' גן המלך שאסר השימוש אפי' בנרותהנוספין ובודאי טעמו ונמוקו דטעמא משום דכל שמשתמש לאור הנוספין אין הדבר מוכיח דבנוסף הוא השימוש דמאחר דכולם קבועין זה אצל זה כשמשתמש מן האור הרי גם האור של נר החיוב כלוה אליהם ונמצא דמשתמש מנר החיוב בצירוף האחרים הילכך אסיר להשתמש אפי' בנוספין משום דהרואה אומר לצרכו הדליקן וכמ"ש רבי' ירוחם הביאו מרן הב"י סי' תרע"ג וז"ל וכתב עוד כשמניח נר אחד להשתמש לאורו מניחה בפני עצמה שאל"כ יאמרו על כולן לצרכו הדליקן ע"כ. ומטעם זה כתב הרא"ש שהשמש יהיה דוקא האחרון כדי שיהא ניכר. אבל בנרות הנוספות הקבועין יחד הרי האור בא מכולן ונמצא משתמש גם מנר של חיוב הילכך אסור להשתמש בהם מהטעם האמור. אבל לא שנאמר מפני זה שהנוספות חשיבי כנר של מצוה ממש להזקיקן ברכה מאחר שכבר בירך על נר של חובה. ואין ספק דמרן השואל שי' במה הצד מייתי לה ולא נעלם מזיו חכמתו דאין מזה ראיה לענין ברכה. גם מה שצידד מרן שי' מההיא דס' יד אהרן שכתב במי שהדליק נר א' ולא בירך דיש לו לברך על השאר כל זמן שעוסק בהידור, הא ודאי חיליה של יד אהרן דברים נכונים בטעמן, דוגמא לזה כתב הר"ן ז"ל בפ' לולב הגזול המאי דתנן י"ט ראשון של חג שחל להיות בשבת וכו' פטור מפני שהוציאו ברשות ואמר אביי ל"ש אלא שלא יצא בו וכו' ופרכי' עלה והא מדאגבהיה נפק ביה ומשני בשהפכו. וכתב הר"ן ז"ל יש שלמדו מכאן שצריך לברך על הלולב בעודו בכלי מפני שכל מצות מברך עליהן עובר לעשיתן והר"ן ז"ל דחה סברה זו וכתב ולא תקשי לך הא דאמרי' שכל המצות וכו' דהכא כמי אע"ג דמדאגבהיה נפק ביה אפי"ה יש עדין שיירי מצוה שצריך לנענעו הלכך שפיר מקרי עובר לעשיתן וכו' יע"ש. והן הן דברי התוס' פ"ק דפסחים דף ז' ע"ב ד"ה בעידנא יע"ש גם הרא"ש פ' לולב הגזול כתב וז"ל וצריך לדקדק מתי יברך אדם על הלולב וכו' וטוב שיברך משיתחיל ליטול הלולב וכו' א"נ משום שלא נגמר מצות הלולב עד אחר הנענוע וכו' ועוד כדקאמר בס"פ מנהגן של אנשי ירושלם אדם יוצא מביתו לב"ה ולולבו בידו וכו' אעפ"י שכל אלו הדברים אינם מעכבים מ"מ הואיל ויש בהם מצוה מן המובחר חשיב כעובר לעשיתן ע"כ יע"ש. ומעתה גם במי שלא בירך בנר א' יש לו לברך על השאר כל זמן שעוסק בהידור כמ"ש היד אהרן דשפיר הוי עובר לעשיתן כל זמן שעוסק בהידור מצוה והגם דאין הנדון דומה לראיה דהתם בנענועים יש בהם מצוה מן המובחר משא"כ הכא דאינו אלא הידור מצוה. מ"מ מאחר דאשכחן בש"ס דקרי ליה מהדרין ועבדינן כותייהו הו"ל דומה קצת להאי דלולב דמשום הנענועים חשיב ליה עובר לעשיתן ה"נ משום הידור מצוה חשיב דכותה ושפיר. מיהו כל זה לא יספיק להביא חיוב לנ"ד לברך דהחילוק ברור דלא אמרה הרב אלא בשלא בירך תחלה על נר החיוב. אבל בנ"ד שכבר בירך על נר החיוב אין הכרח מזה לחזור ולברך על הנוספות עם שבאו לאחרונה. דהגע עצמך שם בלולב כל שבירך בתחלה בעת שנטלו ושוב נגנב או נגזל הימינו או איזה אונס או שחבירו נתן לו לולבו לצאת בו ונטלו ובירך בו וכסבור היה שלא יקנהו לו בעת הנענועים ושוב בעת הנענועים החזירוהו לו היעלה על הדעת דמפני שחסר עדיין הנענועים שצריך לחזור ולברך עליו זו לא אמרה אדם מעולם דמאחר שכבר יצא י"ח בעת שנטלו ובירך עליו שוב אין לו לברך כשהחזירוהו לו בעתו, הגם דהנענועים ג"כ הם מצוה מן המובחר. לא ולמד מדברי הר"ן והרא"ש ז"ל אשר הזכרתי שלא אמרו אלא דהוי עובר לעשיתן כיון דיש עדין שיירי מצוה שהם הנענועים אבל כל שכבר בירך עליו בנטילתו אף שאירע לו אונס שחלה או נגנב הלולב ושוב בעת הנענועין הבריא או החזירוהו אליו ודאי דאין צורך לחזור עוד ולברך הואיל וכבר נפק י"ח כן הדעת והסברה נוטה ומינה יש ללמוד מק"ו לנ"ד דאין צורך לחזור ולברך דמה התם שגם הנענועין הם מצוה מן המובחר אין צורך לחזור ולברך עליהם כ"ש הכא בנ"ד דאינו אלא מטעם הידור מצוה דודאי דשוב אין לו לברך אף שנזדמן לו אח"כ. תדע דהידור מצוה זו אינו כמצוה עצמה שהרי כתב רש"ל בתשו' סי' פ"ה ז"ל כל איש המדליק ומברך עובר לעשיתן מיד אחר שהדליק נר הראשון שהוא עיקר יכול ליתן לאחר שיגמור הדלקה ע"כ. משמע דוקא אחר שהדליק הנר הראשון שבירך עליו יכול ליתן לאחר להדליק הא קודם שהדליק הוא הנר הראשון אין יכול המברך ליתן לאחר שידליק הנר הראשון דזה מברך וזה עושה מצוה במצוה שיכול לעשותה הוא לא מצאנו. ואם איתא דגם בנרות הנוספות הואיל והם הידור מצוה חשיבי כמצוה עצמה איך התיר לאחר שהדליק נר הא' שאחר יגמור ההדלקה הלא כולם מצוה א' חשיבי אלא ודאי דהעיקר הוא הנר הראשון והואיל וכבר הדליקו והוא מצי אידך להדליק השאר הרי דהידור מצוה לא חשיב כמצוה עצמה. וכיון שכן הרי אתה דן לנ"ד דאחרי שהדליק נר החיוב בברכה אין לו לברך עוד אפי' שנזדמן לו שמן אח"כ דהידור מצוה אינו כמצוה עצמה.

איברא דיש לצדד ממקום אחר דהידור מצוה חשיב כמצוה לענין ברכה וזה ממ"ש הריב"ש בסי' קי"א בענין נר חנוכה שמדליקין בבית הכנסת דאע"ג דאינו אלא מנהג ואין מברכין על המנהג זהו כמנהג קל כמו מנהג של ערבה שאינו אלא חבטה בעלמא אבל בזה שהוא לפרסם הנס בבה"כ ברבים מברכין עליו כמו שנהגו לברך על ההלל של ר"ח ואעפ"י שאינו אלא מנהג ואין בזה משום ברכה לבטלה ע"כ. אף אנו נאמר דכיון דנרות הללו שאנו מדליקין הוא משום הידור מצוה דאיכא הכירה בשמוסיף

חיובו היו פטורין .

ובכן אל עלינו חובת ביאור בענין ספירת העומר אם זמנה נמשכת או לא וממילא רווחא שמעתתא לפיטור או לחיוב. דע כי מוהר"ל ן' חביב בסי' ס"ב בביאור מ"ש הר"ן בסוף פ' סוכה למה אין מברכין זמן על העומר וראיתי מי שכתב שאם לא ספר בלילה לא יספור ביום משום הכי אין מברכין זמן ע"כ. והרב הנז' העלה בכונתו דבשלמא אם לא היה הפסק בזמן שאם לא ספר בלילה יספור ביום כולהו לילי כחדא לילה אריכתא דמו ומשום הכי הי"ל לברך זמן שכבר הגיע לתחילת זמן כל המצוה אבל כשיש הפסק בזמן דיומי מפסקי וכל לילה ולילה הויא חלק מצוה דלא נגמרה המצוה עד שימנה מ"ט יום לפיכך לא יברך זמן זת"ד בקיצור נלמד מדבריו דלדידן דקימא לן שאם לא ספר בלילה יספור ביום כפי מה שפסק מרן ז"ל א"כ כולהו לילי כחדא לילה אריכתא דמי וא"כ נמצא שזמנה נמשכת מלילה הראשונה עד סוף מ"ט יום וחדא מצוה מקריא וא"כ לכאורה נראה דדמיא לסוכה או הבדלה דקי"ל דבקטן והגדיל או גר ונתגייר מחייב לעשות אח"כ המצוה בשאר ימי הסוכה ה"נ בקטן והגדיל או גר ונתגייר בתוך ימי העומר וכן נמי באונן דמחייבי למנות בשאר הימים מאחר דכל המ"ט ימים חשיבי כחדא מצוה אריכתא הואיל ואם לא ספר בלילה סופר ביום. איברא דבדברי מוהרלב"ח ז"ל קשיא לי במ"ש ואע"ג דר"י בעל התוס' ס"ל האי סברא דאם לא ספר בלילה לא יספור ביום כדכתב בשם רבינו אס ז"ל ואיהו נמי סבירא ליה דאם לא ספר בלילה ראשונה דסופר בשאר הלילות דלא בעי' תמימות משמע דכל לילה ולילה הוי מצוה בפני עצמה זהו דוקא לענין ברכת המצוה דכיון דבכל לילה ולילה עושה חלק מהמצוה בפ"ע צריך לברך אמנם לענין זמן לא מברך בלילה הא' משום דאכתי לא הגיע כי אם לזמן חלק המצוה כיון שיש הפסק בזמן ואין לברך זמן על שהגיע לזמן חלק המצוה עכ"ל. ואני שמעתי ולא אבין חדא דמי הגיד לו דמ"ש ר"ת דכל לילה הוי מצוה בפני עצמה דהיינו חלק מהמצוה ולא שהוא מצוה בפני עצמה ממש אי משום דתספרו חמשים יום אמר קרא דמורה דכולהו המ"ט יום כל יום מהם הוא חלק לחבירו ובהצטרפות כולם נעשה המצוה שלימה ובזה אתי שפיר דכל לילה הוא חלק מהמצוה. א"כ כששכח ולא ספר יום א' שלם למה מונה בשאר הלילות הרי חסר חלק מהמצוה. ובשלמא אם היינו אומרים דכל לילה הוי מצוה מיוחדת בפני עצמה ניחא דמברך משום דכל יום אינו אגוד בחבירו אבל מאחר שהוא חלק מצוה לדעת מוהרלב"ח א"כ כי שכח יום א' אמאי מברך הלא חסר החלק ההוא . ועוד דלפי דבריו שכתב דאין לברך זמן על שהגיע לזמן חלק המצוה א"כ מה יענה לחנוכה דמדליקין שמונה דנמצא דכל לילה הוא חלק המצוה ואפ"ה מברכין זמן לילה הראשונה ואפי' שאם לא הדליק לילה א' אינו מדליק ביום דשרגא בטיהרא מאי מהנייא, ואם נאמר דשאני התם דבכל יום איתרע בו נס בפני עצמו א"כ יקשה שהי"ל לברך זמן כל לילה ולילה. אלא מאי אית לן למימר דכל הלילות חשוב כל לילה חלק מהמצוה ואפ"ה די בברכת הזמן שמברכין בלילה הראשונה וא"כ גם בעומר דכותה דהו"ל לברך זמן בלילה הראשונה ואפי' שהוא חלק מהמצוה סוף דבר דלכאורה עדיין דבריו צל"ת. ואולי דשאני גבי חנוכה שאין היכר ביום הנוסף בעת עשות המצוה שהרי אינו חייב להדליק כי אם נר א' בכל לילה ונמצא שבעשית המצוה אין בה היכר ולא שום שינוי בה כי הנר שהדליק אמש מדליק בו היום ולכן הוי כנטילת לולב שנראה שעושה המצוה פעמים אין מברכין זמן כי אם בתחלת המצוה שנעשית בשלימות משא"כ גבי עומר דבכל לילה אדם מונה וכולל הימים שעברו דרך משל ביום השני כשאומר היום שני ימים הרי כלול היום הראשון בכלל וכן במנין שאר הימים הילכך אין לברך זמן הואיל וכל המצוה היא נחלקת לחלקים כנ"ל ודוק .

הדרן למאי דאתינא עלה דלפום דברי מוהרלב"ח נפקא לדידן דקי"ל דאם לא ספר בלילה דיספור ביום א"כ כולהו יומי חדא מצוה בזמן ארוך הוא וא"כ קטן והגדיל וגר שנתגייר וכן אונן מחייבי לספור כן היה נראה לי .

אכן כד מעיינינן שפיר נר' דיש לחלק דשאני בסוכה דמחייבי' לקטן וה"ה לגר וכן להבדלה היינו משום דבעת שהגיע למצוה תוך ימי החג הרי בעת ההיא מקיים המצוה בשלימות במה שישב בסוכה בעת ההיא וכן בעת שהבדיל הרי קיים המצוה כולה, אכן בנ"ד שהתורה חייבה לספור חמשים יום הגם שסופר ביום מ"מ כולהו יומי אגידי זה בזה ואינה מתקיימת המצוה בשלימות זולתי בהגיעו למ"ט יום וא"כ בקטן שהגדיל תוך חמשה לעומר הימים שעברו אין להם תשלומין ואינו יכול לספור היום חמשה לפי דלדידיה החמשה ימים שעברו חלפו להם ואינם ניתנים לתשלומין וא"כ הו"ל כאינגר ונתפשט דפטור כיון דבשעת חיובו נפטר ה"נ דכוותה הואיל ובימים שעברו הוו פטורים גם מכאן ולהבא פטורים. לכן באונן בלילה שספר ביום לאחר קבורה מיחייב לספור בשאר הימים דהו"ל כמו שלא מנה בלילה דסופר ביום, וע"י זה סופר בשאר הלילות בברכה ה"נ דכותה וה"ה לקטן והגדיל ביום ראשון מהעומר וכן גר שנתגייר יום א' דמונין והולכין בשאר הלילות אבל אם גדלו בשאר הימים וכן אונן שעבר יום ולילה והוא אונן הו"ל כמי ששכח ולא מנה יום שלם דמונה בשאר הימים בלא ברכה ה"נ בקטן וגר ואונן דכוותה. ועוד דאעיקרא דדינא בשכח ולא בירך דאמרינן דיספור ביום ובשאר הימים מונה בברכה הרי עינינו הרואות בסי' תפ"ט ס"ק ז' שכתב הפר"ח ז"ל דמאי דמונה ביום בלא ברכה הוא משום דמספקא לן אי ניתן לתשלומין או לא ולכן מכח ספק ימנה בלא ברכה ולפי זה הורה גבר דגם בשאר הימים ימנה בלא ברכה הפך פסק מרן ז"ל, והגם שאין לנו לשנות מפסק מרן ז"ל שפסק דבשאר הימים ימנה בברכה. היינו לומר כן באונן שספר ביום ההוא עצמו לאחר קבורה וכן בקטן שגדל ביום ראשון מן הספירה וכן גר שנתגייר ביום ראשון דלהני הוי ספירה שיספור בשאר הימים בברכה. אבל בקטן שהגדיל וכן גר שנתגייר בא' משאר הימים של העומר וכן אונן שעבר יום א' שלם לילה ויום באנינותו הרי זה דומה למי ששכח ולא מנה ביום א' שלם דפסק מרן דמונה משם ואילך בלא ברכה כ"ש כאן שהיו פטורים עד הזמן ההוא דשוב לא יספרו בברכה כלל דנ"ד עדיף לפטרם מכל וכל לטעמי תרילי דכתיבנא, אבל ביום ראשון מן העומר בין בקטן ובין בגר חייבים למנות מכאן ואילך בברכה כנ"ל לדון להלכה ולמעשה וצור יש' יצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות ללמוד וללמד ולכל בהן חיי רוחי. כה דברי עבדא דמהחנין למאריה מלכין צור מחסי מבטן גוחי .

הצעיר **ישראל מאיר מזרחי** ס"ט

סימן ב'

דיני נר חנוכה

כתב מרן בש"ע סי' תרע"א יש מי שאו' דכיון דהדלקה עושה מצוה צריך שיתן שמן בנר כדי שיעור קודם

שאי אפשר להבדיל במוצאי שבת מבדיל במוצאי ט"ב והקשו עליו דכיון דנקטי' דאינו מבדיל אלא כל היום כולו נמצא שאין לה תשלומין כלל שיום אחר הלילה קרוי כל יומא מוצאי שבת. ותירץ דשאני גבי ט"ב דכיון דלא אפשר כגון בט"ב סמכינן אלישנא דאמימר דאמר מבדיל והולך כל השבת כולו ות"ד יע"ש, הרי דיום ראשון קרי ליה זמניה שהיום הולך אחר הלילה. לזה י"ל דהיינו דוקא לדעת בה"ג דחשיב ליה יום ראשון זמניה שהרי כתב שאין לו תשלומין אלא יום ראשון אלמא דיום ראשון לא חשיב ליה תשלומין אלא זמניה אבל לדידן אף יום ראשון מדין תשלומין נגעו בה ולא מיקרי זמניה וכן נראה ממ"ש הר"ן אחר זה דבל הרמב"ן כתב דאפי' למ"ד מבדיל והולך כל השבת כולה הבדלה של מוצאי ט"ב אינה צריכה תשלומין וכו' מדנקט כן אלמא דמ"ש מבדיל והולך כל השבת כולה מדין תשלומין נגעו בה. אלא דיש לדוחה לדחות דאין מזה ראיה דדילמא ס"ל דתשלומין זה לזה ולא תשלומין דליל מוצאי שבת דוקא ולכן העיקר הוא כמ"ש דהוי תשלומין דליל מ"ש ממאי דנקטו לישנא דשכח או נאנס. כדאמרן, וגם הרא"ש פ' מי שמתו אחר דברי ר"י כתב ונראה לי כדברי ר"י דהא דאמרינן במ"ש מי שלא הבדיל במוצאי שבת מבדיל והולך כל השבת היינו כשלא היה לו יין במוצאי שבת או שאירעו אונס אחר שלא היה יכול להבדיל אבל אונן וכו' יע"ש. דנ"ל דכונתו ראיה דמכח דמוקמינן לה בשכח או נאנס דוקא מוכח דמדין תשלומין הוא וכיון שכן גבי אונן פטור הואיל דהוי תשלומין דמ"ש והוי לאיגר ונתפשט כנלע"ד בישוב דעת הרא"ש ז"ל.

אבן הא קשיא לי בדברי מרן בשולחנו הטהור דבסי' רצ"ט פסק דדוקא מי ששכח ולא הבדיל מבדיל והולך אלמא דהא במזיד פטור הואיל ומדין תשלומין נגעו בה ואילו בי"ד סי' שמ"א דין ב' לענין אונן פסק דיבדיל אחר שיקבר המת כדעת מוהר"מ אלמא דס"ל דזמניה הוא ואם מדין תשלומין הוא הי"ל לפוטרו אלא ודאי דזמניה הוא וא"כ אמאי בא"ח נקט דוקא מי ששכח הא אפי' במזיד הי"ל לומר דמבדיל הואיל וזמניה הוא ונמצאו תרי פסקי דסתרן, ואולי דס"ל דדוקא יום אחד קרוי זמניה כדעת הר"ן שהבאתי לעיל ולכן גבי אונן חייב ביום א' אחר קבורה דזמניה הוא אבל מיום א' ואילך מדין תשלומין הוא ולכן בא"ח דנקט דמבדיל והולך עד יום רביעי להכי נקט שכח או נאנס דוקא דמראשון ואילך תשלומים הם ולא מיחייב בתשלומין אם הזיד אלא דוקא בשכח, אבל איה"נ דביום ראשון אף אם הזיד חייב להבדיל הואיל וזמניה הוא כנלע"ד בישוב דעת מרן בתרי פסקיו.

ברם אכתי הא קשיא על מרן דהנה לענין אונן בהבדלה נחלק הרא"ש עם מוהר"ם מרוטנבורק דלדעת מוהר"ם מחייב להבדיל ולדעת הרא"ש ור"י פטור מלהבדיל וכן בסוף מ"ק נחלקו מוהר"ם והרא"ש בענין קטן שהגדיל בתוך ימי אבילות דלדעת מוהר"ם מחייב באבילות ביום שהגדיל ולדעת הרא"ש פטור כאשר יר' הרואה לשם. ואילו רבינו בי"ד סי' שמ"א לענין אונן פסק דמבדיל כדעת מוהר"ם, ובענין קטן שהגדיל בסי' שצ"ו פסק כדעת הרא"ש דפטור מאבילות ונמצאו תרי פסקי דסתרן. וראיתי בבאר הגולה אשר סביבות הש"ע שם בסי' שצ"ו כתב דלפי הטעמים שכתב הרא"ש במ"ק לפי שני הטעמים אין שום קושי על השני פסקים, ואני בעניי לא נתחוורו דבריו אדרבא לפי השני טעמים יקשה על רבינו יותר כאשר יראה הרואה.

שוב ראיתי להרב ט"ז שם בסי' שצ"ז ס"ק ב' שהקשה לו מר חמיו תמיהה זו ומכח זה דחה פסק מרן ופסק השני דינים כמוהר"ם ז"ל. והטורי זהב האריך הרחיב ליישב תרי פסקי מרן ותורף דבריו דשאני גבי קטן והגדיל לפי שלא הטילו חכמים חובת האבילות אלא מן שעה ראשונה שמת שהוא עיקר המרירות דהיינו משיסתם הגולל אבל כל שנפטר בעת ההיא פטור לגמרי אח"כ משא"כ בהבדלה שהזמן נמשך מליל מוצאי שבת עד יום ג' שהכל זמן אחד ארוך הוא ולכן חייב להבדיל לאחר קבורה הואיל וזמניה הוא, וכההיא שאמרו בפ' הישן בקטן שהגדיל בימי הסוכה שחייב לעשות סוכה וכן גר שנתגייר מאחר שהזמן הסוכה נמשך עד שבעה ימים ה"נ בהבדלה דכוותה וזהו תורף תירוץ הט"ז שם יע"ש שהאריך הרחיב למעניתו ועפ"י זה מיושבים תרי פסקי מרן אהדדי.

ואני בעניותי לא מחוור לי תירוצו כלל דאחר המחילה רבה י"ל דלא בא אל נכון דאם איתא דמה שפסק רבינו גבי אונן דמבדיל היינו משום דס"ל דמ"ש מבדיל והולך כל השבת דהיינו עד יום רביעי משום שזמנו נמשך עד היום ההוא אם כן יקשה למה בא"ח בסי' רצ"ט לענין הבדלה פסק בשכח או נאנס הי"ל דגם בהזיד ולא הבדיל יבדיל עד יום ג' מאחר שהוא זמנו אלא ודאי עכ"ל דס"ל דדוקא יום ראשון הוא זמנו ותו לא וכדאמרן לעיל וא"כ תירוץ הט"ז לא נהירא לי כלל ולל"ת.

אבן בעיקר התמיהה שתמהו על תרי פסקי מרן לע"ד לא קשיא כלל יען כי דבריו ברור מללו בית יוסף סי' שצ"ו דטעמא דפסק דקטן והגדיל דפטור כדעת הרא"ש היינו משום דהלכה כדברי המקיל באבל אבל לענין אונן דמבדיל דאינו ענין אבילות פסק כדעת מוהר"ם שהוא רבו של הרא"ש ז"ל ובזה עמדו שני פסקיו על נכון דמרן ז"ל נרגש מזה וישב דבריו בנועם שיח שפתותיו מעט מחזיק את המרובה והוא אמת ויציב.

ברם אכתי פש גבן ליישב תמיהה אחרת שתמה הט"ז בי"ד סי' שמ"א ס"ק ה' על מה שפסק מרן שם בסעיף ב' לענין אונן שאינו חייב להתפלל שחרית שתים כיון שבלילה לא היה חייב להתפלל וכתב בדרישה מכאן היה נראה דה"ה למתעסק בצורכי צבור וכיוצא בו בזמן התפילה שפטור מלהתפלל כמ"ש הטור א"ח סי' צ"ג ומתוך העסק עבר זמן אותה תפילה שג"כ אין צריך להשלימה בתפילה שלאחריה לתשלומין כיון שבזמן התפילה הקודמת היה פטור מלהתפלל דומיא דאונן ותמה עליו הט"ז ז"ל תמיה אני אם יצאו דברים אלו מפיו דהא כל שהוא אנוס פטור מלהתפלל ובהדייא אמרו באנוס דמתפלל אח"כ שתים כמ"ש בא"ח סי' ק"ח יע"ש שהפליג מדורת התמיה גם בא"ח סי' ק"ח בס' מגן דוד תמה כמו כן עליו ומתוך כך דחה את דבריו מהלכה, ואני תמה על תמיהתו דמי גילה לו רז זה דעוסק בצרכי צבור הוי מחמת אונס דלדידי לא מיחוורא דכל אדם שבהדיא פטרוהו מלהתפלל כגון חתן ומי שתורתו אומנותו ועוסק בצרכי צבור שבהדיא אמרו דפטורין מלהתפלל משום דעוסק במצוה פטור מן המצוה הרי הוא כמו אונן שפטרוהו מלהתפלל משא"כ בשאר אנוסים דפיטור מחמת אונס כגון שכור וכיוצא ודאי שיש לו תשלומין בתפלה שלאחריו באופן שדינו של בעל הדרישה שריר ובריר וקים וכן ראוי להורות. שוב מצאתי ראיתי בחיבור חדש הנקרא הלכה ברורה על א"ח הלין כן בעד הדרישה יע"ש והנאני הדבר כי כיונתי לדעת קדושים והוא ברור ופשוט לע"ד.

היוצא מן המחובר הוא דכל אדם שבזמן חיוב במצוה הוא פטור כגון אונן או קטן או גר שנתגייר לאח"כ אם המצוה ההיא זמנה נמשכת כגון סוכה או הבדלה דזמנה יום ראשון אז מחויב האונן לעשותה לאחר שיקבר המת וכן קטן כשהגדיל או גר שנתגייר מחייבי הואיל וזמנה נמשכת. אבל בכל מצוה שאינה נמשכת כגון התפילות שזמנן קבוע ערבית כל הלילה ושחרית עד ארבע שעות ומנחה עד הלילה אז אינם חייבים בתשלומין הואיל ובזמן

חיובו

להרמב"ן והרשב"א ז"ל, וליישב דעתם ז"ל נ"ל דס"ל לחלק בין הנושאין דהתם גבי קרבן דככר שבל והעריב שמשו וגברא חזי הוא אלא דמחוסר קרבן הלכך אמרינן דלילה אינו מחוסר זמן הואיל וגברא חזי אלא דהזמן מעכבו חוזר ונראה הוא משא"כ גבי ט"ב דמשחשכה ליל ט"ב נדחה מעקרא מלהבדיל כמלא דמעולם לא נראה כלל וחשבינן ליה כגברא דלאו בר חיובא מאחר דדחוי מעיקרו הוא הלכך אינו חוזר ונראה כיון שלא היה לו שעת הכושר להתחייב להבדיל קודם בוא ט"ב דבשבת אין לו להבדיל כלל ובליל מ"ש הוא ט"ב דחוי מעיקרו קרינן ביה משא"כ גבי קרבן דגברא חזי קודם הלילה כדבר האמור כנ"ל לחלק לדעת הרשב"א ז"ל. אי נמי נ"ל והוא הנכון דס"ל להרשב"א דע"כ לא חילקו למחוסר זמן לדחוי מעיקרו אלא ליישב דעת ר' יוחנן מיניה וביה מההיא דאמר דאף בלילה נמי מביא ואליביה הוא דאוקי רב פפא קסבר לילה אינו מחוסר זמן. אבל לחזקיה דהוא בר פלוגתיה דס"ל דבלילה אינו מביא על כרחך לומר דס"ל דלילה מחוסר זמן וכן לשאר אמוראי דפליגי עם ר"י כדאיתא בפ"ק דמס' כריתות כולהו ס"ל דלילה מחוסר זמן וגם אם נטמא בלילה אינו מביא וא"כ לדידהו ס"ל דאע"ג דהזמן גורם הו"ל דחוי מעקרו. וכיון דחזקיה ואמוראי פליגי עליה דר"י כותייהו נקטי' דאף בדחוי מכח הזמן חשיב דחוי מעיקרו ובהכי מתוקמו דברי הרשב"א הנז"ל שפיר דס"ל גבי ט"ב נמי דהגם דהזמן גורם חשבינן ליה דחוי מעקרא כדעת חזקיה ודעימיה ודלא כר"י.

ולמען תחזקנה ידיך בזה ארחיב לך הדיבר במ"ש הר"מ פ"א דין ז' דכולם תשלומין דראשון כדעת ר' יוחנן וכן פסק בפ"ב דין ה' במי שהיה חיגר ביום ראשון ונתפשט בשני דפטור משום דתשלומין דראשון הם. ושם סיים דאם נטמא בלילי י"ט הראשון אעפ"י שטהר למחר פטור והדבר קשה דמאחר שפסק כר' יוחנן הי"ל לפסוק גם בזה כר"י דאף שנטמא בלילה חייב שכן דעת ר"י ואמאי בענין טומאה פסק כחזקיה. ונלע"ד ליישב זה דבענין טומאה פסק כחזקיה משום דרביה דר"י הוא וכמ"ש מרן בכ"מ שם בו בפרק דין ח' יע"ש. וכן בה' מחוסרי כפרה דין ה' בענין זב פסק כחזקיה לגביה דר"י. כמ"ש מרן בכ"מ שם אבל בענין חיגר ונתפשט דאיפליגו ר"י ור' אושעיא פסק כר"י לגבי ר' אושעיא כנ"ל ביישוב דעת הר"מ ודוק, ומאחר דאפסיקא הלכתא כחזקיה בענין טומאה ולדידיה ס"ל דלילה מחוסר זמן חזרו דברי הרשב"א בתשו' הנז' על נכון וכדכתיבנא, אכן הרא"ש ז"ל שחילק בין ט"ב לאונן דעתו כמשפי' רש"י אליבא דר"י וכדכתיבנא.

מיהו במה שהסכים הרא"ש לענין אונן כסברת הר' יהודה דפטר מלהבדיל משום דדמי לחיגר ונתפשט, הראני איש עמיתי כמהר"י ערוך מכתב אלקים ממוהר"י מטראני שתמה על דברי הרא"ש הללו וז"ל איברא דזה ימים כשלמדתי בברכות תמהתי על ר"י והרא"ש ז"ל בראיה זו שהביאו מחיגר ביום ראשון ונתפשט בשני דפטור דהא מלתא תליא בפלוגתא דר' יוחנן ור' אושעיא דר"י אומר כולן תשלומין דראשון ופירש"י יום ראשון עשה הקב"ה עיקר בכולן דכתיב אותו ושלאחריו עשה תשלומין לו ור' אושעיא אמר כולן תשלומין זה לזה מאי בינייהו א"ר זירא חיגר ביום ראשון ונתפשט בשני איכא בינייהו למ"ד תשלומין דראשון כיון דלא חזי בראשון לא חזי בשני ולמ"ד תשלומין זה לזה אע"ג דלא חזי בראשון חזי בשני והשתא היכי מדמינן הבדלה לחגיגה חגיגה ביום ראשון תלה רחמנא אבל בכל הבדלה בחול תלה רחמנא שיבדיל בין הקדש ובין החול כל היכא דמלי מבדיל מבדיל וכולהו הבדלה בין הקדש ובין החול ודמי לתשלומין זה לזה שאין לך יום בהם שאין חובתו תלויה בעצמו עכ"ל מוהרי"ט ז"ל. ולעד"ן דיש להלין בעד הרא"ש דס"ל דגם בהבדלה עיקר חיובא איננה אלא ליל מוצאי שבת דוקא שחייב להבדיל בין קדש לחול אבל מוצאי שבת דמבדיל והולך כל היום כלו וכן למ"ד מבדיל והולך כל השבת כולה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אינו אלא משום דהוי תשלומין דליל מוצאי שבת והמורה לזה משום דבש"ס פ' ערבי פסחים אסיקנא אמר רבא הלכתא טעם מקדש טעם מבדיל ומי שלא קדש בע"ש מקדש והולך כל היום כולו ומי שלא הבדיל במ"ש מבדיל והולך כל היום כולו ע"כ. והטא"ת סי' רע"א כתב וז"ל אם לא קדש בלילה בין בשוגג בין במזיד יקדש למחר עכל"ה. וכתב עליו הב"ח וז"ל וכתב רבינו ואם שכח וטעה משום דלכ"ע בשכח ודאי מקדש ואח"כ אמר דרב עמרם כתב אם לא קדש בלילה מחמת שכחה או אונס יקדש למחר משמע מלשונו דוקא בשכח או נאנס אבל לא בהזיד וטעמו מידי דהוי אמי ששכח ולא התפלל דאין לו תשלומין אלא בשכח ונאנס אבל לא בהזיד כדלעיל סי' ק"ח. אבל דעת הרמב"ם דלא דמי לתפלה דעבר זמנה ובא להשלים אותה בזמן תפילה שלאחריה ומדין תשלומין הוא הלכך דוקא בשכח או נאנס אבל קידוש זמנה כל השבת אלא דעקיר המצוה לקדש מיד כשקדש היום וכו' אבל אם עבר ולא קדש משקדש היום אפי' עבר במזיד יקדש למחר דלא מתורת תשלומין נגעו בה אלא דעדין לא עבר זמן קידוש עכ"ל יע"ש ואיברא דלפי זה קשיא לי בלשון מרן ז"ל בשולחנו הטהור סי' רע"א שכתב וז"ל אם לא קידש בלילה בין בשוגג בין במזיד יש לו תשלומין למחר כל היום עכ"ל, והדבר קשה דמאחר שפסק דאפי' במזיד מקדש ביום כדעת הר"מ א"כ אמאי נקט לישנא דיש לו תשלומין, הא אי מתורת תשלומין נגעו בה במזיד לא היה לו לקדש דומיא דתפילה דלא שייך תשלומין בהזיד ולא התפלל ולדעתו ז"ל דפסק דאף במזיד מקדש לא היה לו לתלות הדבר בתשלומין והו"ל למנקט כלשון הרמב"ם וכעת הדבר נל"ת. איך שיהיה הרי לענין קידוש דנקט רבא מקדש והולך כל היום כולו מפרש"י דמדין תשלומין נגעו בה דהיום הוי תשלומין דלילה. א"כ גם בהאידך דאמר מי שלא הבדיל במוצאי שבת מבדיל, מבדיל והולך כל היום כולו מדין תשלומין נגעו בה שיום ראשון הוא תשלומין דליל מוצאי שבת ולא דיום ראשון מיקרי זמנו וראיה לדבר מדנקט הטור סי' רצ"ט בענין הבדלה מי ששכח ולא הבדיל כתבו הגאונים דמבדיל יום ראשון ותו לא ויש חולקין דמבדיל כל השבת כולה. ואם איתא דזמן ההבדלה הוא יום ראשון או עד יום ג' למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה וכולהו זמנא אריכתא מיקרי ולא מדין תשלומין נגעו בה א"כ אמאי נקטי' שכח או נאנס דמשמע דוקא אלו הא אפי' בהזיד ולא הבדיל הי"ל לומר דיבדיל כיון דזמניה הוא דומיא דתפילה דמי שהזיד ולא התפלל בשעה ראשונה מהיום ודאי דלא מיפטר בתר הכי כל שהוא תוך זמנו ה"נ היה לו לחייבו אף בהזיד משום שאין לך יום בהם שאין חובתו תלייה בו. אלא ודאי מדנקט הטור ומרן בשולחנו דוקא או בשכח נאנס ולא בהזיד זה מורה דס"ל דבין למ"ד מבדיל והולך כל היום ובין לדידן דקי"ל דמבדיל עד סוף יום ג' מדין תשלומין נגעו בה דכולהו הוו תשלומין דליל מוצאי שבת ולהכי דוקא בשכח או נאנס מחייבי מדין תשלומין אבל בהזיד לא דומיא דתפלה דבהזיד אין תשלומין לתפילה הסמוכה לה ומעתה חזרה ראיית ר"י והרא"ש בההיא דאונן דמדמי לה לחגר ונתפשט דכי היכי דהתם מפטר משום דהוי תשלומין דראשון ה"נ באונן מפטר משום דהיום הוא תשלומין דמ"ש, והגם דמדברי הר"ן בפ' ע"פ אהך מימרא דמי שלא הבדיל וכו' כתב וז"ל אבל בה"ג כתב שאעפ"י שהבדלה אין לה תשלומין אלא כל היום כיון

שאי

פרי הארץ ח"ג

שו"ת על הלכות אורח חיים

סימן א'.

דיני ספירת העומר

שאלה קטן שהגדיל בתוך ימי העומר וכן גר שנתגייר בתוך ימי העומר אם מונה בברכה או לא וכן מי שמת לו מת המוטל עליו שהוא אונן בתחלת לילה ראשונה מן העומר אם יש לו תשלומין לספור ביום אחר קבורת המת או לא, תו מספקא לן מי שהיה אונן לילה ויום שלם באופן שלא נקבר המת זולתי אחר שיצאו הכוכבים מלילה שניה אם דינו כמי ששכח ולא ספר יום אחד דסופר מכאן ואילך בלא ברכה או אם יש לחלק ביניהם ושכמ"ה.

תשובה הן קדם ראה ראינו מ"ש הרא"ש בתשו' כלל כ"ז סי' א' מעשה שאירע אבל לא"א שמת לו ילד בשבת וכו' למ"ש לא התפלל כדין אונן שפטור מן התפילה ומכל המצות וכו' וכן יום ראשון בבקר לא התפלל ולאחר שקברו המת התפלל תפלת הבקר כיון שעבר זמנה וכן הבדיל כיון שעדיין הוא זמן הבדלה למי שלא הבדיל בלילה אבל תפלת הערב לא התפלל כיון שעבר זמנה ולא דמי לשכח ולא התפלל ערבית שמתפלל שחרית שתים כיון שמן הדין נפטר בלילה מלהתפלל עכ"ל יע"ש. וכן העתיק את דבריו רבינו בעל הטורים בי"ד סי' שמ"א אך דבדין ההבדלה הסכימה דעתו שאין להבדיל כדעת אביו הרא"ש פ' מי שמתו והגם שבתשו' הנז' פסק איפכא הרי נתן טעם מרן הב"י ז"ל שם שכתב הר' יהודה בנו שכל מקום שתשו' הם הפך מ"ש בפסקיו אזלינן בתר פסקיו שהם אחרונים, ואיברא דהגם דבענין אונן דעת הרא"ש דפטור מלהבדיל, מ"מ לענין ט"ב שחל להיות במ"ש העלה הרא"ש בסוף תענית דמבדיל ליל מוצאי ט"ב ונתן טעם לדבר דשאני גבי אונן דגברא פטור הוא בזמן חיובו משא"כ בט"ב דגברא בר חיובא הוא אלא דהזמן פוטרו הלכך כל שעבר הזמן ההוא הדר לחיובו הראשון ולהכי מחייב להבדיל וכדעת בה"ג יע"ש. ואיברא דהרשב"א בתשו' סי' קי"ז חלוק הוא עליו שכתב תמהת על הרמב"ן שכתב בשם הרב בה"ג בענין ט"ב שחל להיות במ"ש דכיון דלא יכול לאבדולי אכסא בשעתו תו לא יכול להבדיל מבדיל במוצאי ט"ב דהא אידחי לגמרי ואמרת מה בין זו לאותה שאמרו בפ' כיסוי הדם כיסהו הרוח וכו' ואם חזר ונתגלה חייב לכסות ואמר רב פפא זאת אומרת אין דיחוי אצל מצות והשיב דשאני גבי כיסוי בשעת שחיטה ראוי היה לכסות אלא שקדם הרוח וכיסהו ולפיכך כשחזר ונתגלה חוזר הוא לחיובו משא"כ כאן שנדחה מעיקרו הלכך שוב לא יראה. כלל זת"ד יע"ש. יען אמת כי מ"ש שהבה"ג כתב שאין להבדיל במוצאי ט"ב, הרואה יראה בדברי הרא"ש בסוף תענית שכתב בשם בה"ג איפכא דס"ל דמבדיל במוצאי ט"ב. אכן הרמב"ן חלק עליו וס"ל דלא יבדיל וא"כ היאך הרשב"א ייחס סברת הרמב"ן לדעת בה"ג והדבר היא בהפכו וכעת הדבר צל"ת אם לא נאמר שט"ס נפל בדפוס, אבל מ"מ הרי נמצא דבט"ב חלוק הוא הרשב"א עם הרא"ש וס"ל דלא יבדיל. ולע"ד דגם הרשב"א לא בא אלא לתת טעם לסברת הרמב"ן שלא יקשה עליו ההיא דפ' כיסוי הדם מ"מ לענין הלכה אפשר דאזיל ומודה לדעת הרא"ש דיבדיל במוצאי ט"ב ולכל דבריו אינם אלא לשיטת הרמב"ן ז"ל וליה לא ס"ל כנלע"ד כעת.

ובעיקר חילוק הרא"ש הנז"ל בסוף תעניות שחילק בין ט"ב לאונן דשאני גבי ט"ב דהזמן פוטרו משא"כ גבי אונן דגברא לא בר חיובא הוא. הגם שדבריו אינם צריכים סעד לתומכו דפקיע ומומחה הוא וכל רז לא אניס ליה, מ"מ נכנס על גבי האדם הגדול שבענקים מצאתי ראיה ברורה לדבריו מן הגמ' בפ"ק דחגיגה דף ט' ע"א אמתני' דתנן מי שלא חג בי"ט הראשון של חג חוגג והולך כל הרגל דאיפליגו אמוראי בש"ס דר' יוחנן אמר דכולן תשלומין דראשון ור' אושעיא אמר תשלומין זה לזה ואמרינן עלה מאי בינייהו אמר רבי זירא חיגר ביום ראשון ונתפשט ביום ב' לדעת ר"י פטור ולרבי אושעיא חייב. ופרכינן עלה ומי אמר ר"י הכי והאמר חזקיה נטמא ביום מביא בלילה אינו מביא ור"י אמר אף בלילה נמי מביא ואסיקנא אלא אמר רב פפא קסבר ר"י לילה אינו מחוסר זמן ע"כ ופרש"י קסבר ר"י לילה אין חסרון זמן במי שהגיע לילו להקריב קרבנותיו מחר הילכך מחוייב הוא בקרבן אלא שהלילה מעכבו מלהביא אבל חיגר ביום ראשון אין עליו שום חובת ראיה לפיכך אין לו עליו תשלומין עכ"ל, הרי לך כחילוק הרא"ש ז"ל שחילק בין היכא שהזמן מעכבו דאז חוזר ונראה, לאונן דגברא לאו בר חיובא הוא דיש ראיה חזקה לחילוקו מדברי רש"י הנז', והגם דהש"ס הדר פריך אהך שינויא מזב הרואה יראה בש"ס דהך שינויא קיימא גם אמסקנא מדמשני עלה כי קאמר ר"י לדברי האומר לילה מחוסר זמן. אלמא דלר"י ס"ל דלילה לאו מחוסר זמן וכחילוק רב פפא וזו בעיני ראיה חותכת לחילוק הרא"ש ז"ל.

ומאחר עלות דכל שהזמן גורם חוזר ונראה. הנה כי כן יגדל התימה על הרשב"א בתשו' הנז"ל בענין ט"ב שנתן טעם לדברי הרמב"ן דטעמא דאינו מבדיל משום דגברא לאו בר חיובא דמה יענה להך סוגייא דחגיגה שהוכחנו להדייא דכל שעכובו מצד הזמן דחוזר ונראה הוא וכדעת הרא"ש ולכאורה הך סוגייא מנגדתו

להרמב"ן

א

אגרת קודש הזה מהרה"ק מו"ה מנחם מענדיל מרימנוב זי"ע

בעזה"י.

אמר המביא לביה"ד כאן מצאתי מקום מוכשר לקבוע בדפוס שנית את אגרת הקודש מאת הרב הגה"ק מו"ה מנחם מענדיל מרימניב זצק"ל יזי"ע שכתב בכתב ידו ממש להרב המו"מ בדירו הנגיד מו"ה חיים צארטילם ז"ל ואח"כ באה האגרת הקודש הלז ליד מו"ח הרב החסיד המפורסם מו"ה זנוויל מזשירק ז"ל כי הי' בעל נכדתי מו"ה חיים הנ"ל ה"ה חמותי הצדקת. מ' רחל בת מו"ה יוסף חיים מליסקא ומו"ח ז"ל הדפיס את האגה"ק בראשונה בק"ק מונקאטש בסוף ספרו של הגאון הקדוש חיד"א זצ"ל, שעשה על מס' אבות, ואחרי אשר חסדי השי"ת הביאני עד הלום עיה"ק ירושלם ומצאתי דאתי לידי, ספר הנכבד והיקר פרי הארץ הנוכחי לקביע ברפים, הנני אומר לדבק טוב להדפיס שנית את האגה"ק בספר הנ"ל אולי אזכה שיתגלגל ע"י זכות הרה"ג הקדוש בעל האגרת זצוק"ל כאשר יתלהבו לבבות אחינו ב"י מדברי האגרת הזאת לתורה ועבודה אהבה ויראה כי כל דבריו כגחלי איש, והכתב יד קודש כעת ביד מחו' הרה"ג הגדול תפארת הגבירים מו"ה משה וויים שליט"א מקליין ורדיין בעל מחבר ברית משה על הסמ"ג

וזה דבר האגרת אובא"ו:

ב"ה יום ג' תצוה תקע"ב לפ"ק פה רימנאב:

חיים והשלום לה"ה הרבני המופלג הנגיד מו"ה **חיים** נ"י ויזרח לנצח:

מכתבו הגיעני. גם הסך המבואר במכתבו קבלתי על נכון והבית אשר קנה מעלתו קנין עולם תהי' לו עד ביאת הגואל יהי ביתו פתוח לרוחה וכל הצער והיגון יתהפך לו לששון ולשמחה. כל שונאיו ואויביו יפלו תחת רגליו, יסתום ה' פיהם ופי כל המקטריגים עליו ויפר עצתם ומחשבותם הרעה יבטל. בטחוני בה' כי ישים לטוב לו בכל מילי מיטיב בבריאת הגוף ובהצלחת הזמן ושום רע לא ישלוט בו. ואשר דמה מעלתו כי אם הקנאה בערה בם על עסק הבית אשר קנה מעלתו רחקה דעתי להאמין כי מן הראוי אשר לא יעלה קנאת אדם על בר ישראל הקונה בית כאשר כתב ירמי' בגלות יהויכין לבני הגולה לבנות בתים וכו' אמנם זאת יאמינו באמונה שלימה כי בזמננו כל הרעות המעוררים על היהודים ר"ל הוא רק מחמת יצר לב האדם יטהו להנאה ותאוה לילך בחוקות ולבושי העכו"ם אשר נאסר עלינו בתורה ובנביאים ובכתובים כענין שנאמר ובחוקותיהם לא תלכו ומבואר בכל מפרשי התורה כי הפסוק נאמר על המלבושי עכו"ם ובנביאים נאמר בלפני' ה' ופקדתי על השרים ועל בני המלך ועל כל הלובשים מלבוש נכרי, חוץ שאר פסוקים וספרי הקודש האוסרים עלינו מלבושי עכו"ם ויען כי גבה דרכי העם מדרכי ד' מתקרבים בחוקות העכו"ם ועל ידי זה איש הקנאה בוער בעכ"ום על עמנו ב"י ובפרט על הנשים הלובשות מלבושי הפריצות אשר כמעט לא ניכר בין עברית לישראליות להבדיל עוד חדשים מקרוב באו במנהג חדש של עכו"ם שמהפכין ומניחין צד השמאל של הבגדים על צד הימין נו נו קנפלין. ובזה מגבירים השמאל על הימין בעוה"ר גם זאת לא טוב הוא, והנה הרבה קהלות קדושות במדינתנו פולין אשר עיניהם ראו הרעות הגדולות אשר נמחו מסבה הנ"ל. ושמו לבם לעמוד בפרץ ולגדור גדר וסיג אהשר לא יראה ולא ימצא שום איש או אשה בחור ובתול גדולים וקטנים אשר יעלה עליהם ח"ו שום מלבוש הדומה למלבושי עכו"ם. וכאשר אני שולח לכם העתקה מהכרוז בק' ק ר א ק א. גם כבוד השבת נהפך לקלון ר"ל שזה להם מתענוגי שבת לילך ולטייל ברחובות ובשווקים עם הפראסאל ולא כן הוא המדה כי יום מנוח ניתן להם ע"כ כל איש ואשה נער וזקן ישבו בתוך אהליהם על התורה ועבודה ואם יאבו וישמעו לעצתי ויקבלו עליהם באמת ובלב שלם לבטל הרעות אלו המובארים לעיל וגם ברע הנ"ל אשר כל איש ואשה תיכף לא ילבשו עוד שום מלבוש אשר בו סמן מנהו ממנהגי עכו"ם ושלא להגביר השמאל על הימין ולכבד השבת קודש כדת וכהלכה כאשר ביארתי לכם אז בטחוני בה' כי יפיר עצת שונאיכם תראו את ישועות ה' אשר יעשה לכם בפרט בחודש הזה אשר נהפך מגרה לרוחה בימי מרדכי ואסתר ששון ושמחה ישיגם גם אתם לא תראו ולא תפחדו ולא יבא מורך בלבבכם יתן ה' כל הקמים עליכם נופלים לפניכם יסכל עצתם ובערתם הרע מקרביכם ושום רע לא ישלוט בכם. ואם מעלתי יודע כי לא ישמעו בני עירו לדבריו אזי יכתוב מעלתו מי שהוא החשוב בעיניהם אשר ישמעו לקולו ואכתוב אליו לפי כבודו למען אשר יסורו מהרעות הנ"לגם ירומו ידם להודיע בנדון לערס לק"ק פרעססבורג ולק"ק אובן יען כי שמה חכמים וסופרים ויעוררו עליהם רחמים גם חשובים הם במקומות הגבוהים אולי יתנו דעתם להטיב לכם וליען אתכם בעצה טובה גם כתבו להם אשר שאלתם עצה מרבני פולין וזאת אשר השיבו רבני פולין כי כל הרעות הנצמח המתהוים בעם בעוה"ר היא רק מחמת שמתדמין לעכו"ם בנימוסיהם ובמלבושיהם ועי"ז קנאים פוגעים בם והתכם עיניו בראשו לבל יכתוב להם מסמי לבד רק שתם בשם רבני פולין ואולי יכנסו הדברים בלבבם אשר גם המה יפרשו מאיסורי הנ"ל וזכות הרבים יתלה בכם ויהי' בעזרכם להציל אתכם מכל הרעות ולברך אתכם בכל טוב סלה:

והי' כאשר יניח ה' לו מכל אויביו מסביב ויגרום לו הזמן לבוא הנה בעצמו בזה לא יתחרט ומקולר הפנאי אקצר במעצר יברך ד' אתכם בכל טוב משמי מעולה ורעה אליכם לא תאונה דברי המעתיר בעד כלל ישראל ופרטם וחפץ בהצדקם

מנחם מענדל בהרבני מהו' **יוסף** זללה"ה

מרימנוב.

והשיב כי אין לשמעון השותף הב' חלק במותר השמן של הנס. ואין הבכור נוטל פ"ב. עד ד"ע ע"ג.

[א"ה עיין הרב שדה הארץ ח"ג סי' ה'].

סימן ו' רש"ל נשתתפו, ראובן הוציא מחלקו קרן קיס אלפים גרוש ושמעון ולוי כ"א ת"ק גרוש ושמעון ולוי הם המתעסקים, והתנו שהריוח וההפסד יתחלק לג"א שליש וירדו המטבעות ונפל ההפרש בס' חלוקתם איך וכיצד יתחלקו הקרן והריוח לפי סדר הנהגת השותפות, דון דינא להלכה ולמעשה דהפסד שאירע בקרן כ"א יפסיד כפי מעותיו שנתן. ובענין הריוח דינא הוי דיטול ראובן הזולותאם לערך ל"ב מי' ולפי ערך השנים שנטלו שותפיו שו"ל הזוליטאם גם ראובן יטול לפי ערכם אין נגרע מערכם כלל. עד דע"ג ע"ג. ועל תשובה זו השיב מאהבה הרב אחא משבחא בעהמ"ח ס' אדמ"ק ולמעשה פיהם שוים עד דע"ד ע"ב.

סימן ז' ובדפוס נפל טעות ונדפס סי' ו'.

דיני פקדון.

סימן ז' ראובן הפקיד ביד שמעון צרור של דינרי זהב צרורים וחתומים וקבלם מידו שמעון ונתנם בפני ראובן המפקיד בתוך התיבה אצל צרור אחד שהיה לו לשמעון של דינרי זהב מאותו מטבע ממש. והני עכברי רשעי נקבו הצרורות ונגבו דינרי זהב מב' הצרורות. ובא שמעון ומצא שני הצרורות נקובים ופתח הצרור שלו ומצא כ"ב דינרי זהב חסרים. וסיפר הדבר לראובן ופתח צרורו ומצא גם הוא חסרים מצרורו כ"ב דינרי זהב. ואחר החיפוש בחורין ובסדקים נמצאו ד' דינרי זהב ז"א שלי הם וז"א שלי הם, ונפל הספק מי זוכה בהם, או אם הוא בממון המוטל בספק. ועלתה מצודתו ששמעון הנפקד הוא התופס בהם ותפיסתו תפיסה, וראובן הוי מוציא והמע"ה. וכל שאינו מביא ראיה ברורה של שמעון הם. עד ד"פ ע"ב.

[א"ה עיין שדה הארץ סי' ע"ז נחב"כ סי' כ"ב].

סימן ח' ראובן לוה משמעון בערבות לוי ובבא. זמנו תבעו לראובן והשיב להד"מ ולוי הערב מודה שלוה אך אינו יודע אם פרעו, וכמו כן אם יצא ערב בעד גוי והגוי כפר והערב אומר שלוה ואינו יודע אם פרעו, היכי לידייני דייני להאי דינא. והשיב דהערב חייב לשלם לכולם. עד דפ"ה ע"ד.

[א"ה עיין שדה הארץ ה' ערב סי' ד'].

דין צואת שכיב מרע.

סימן ט' ראובן שכיב מרע שהוכה במגפה ב"מ וכתב בכתב ידו שכל נכסיו הקדש לישיבה א' וחכם הישיבה יהיה פ' וליורשיו הניח להם דבר קצוב, ועדים העידו על הצואה הנעשית בע"פ. ומת מגו מרעיה, ורצה ופשפש בכל צדדי הצואה והעמידה לזכות לעמלי תורה.

סימן י' ראובן שמת והלי"ש בלא אשה ובלא בנים ונתן כ"ן בצואת שכיב מרע לאמו רק שהיא תתן מהנכסים לאחותו לצורך נישואיה עד תשלום הסכום אשר נתן לאותו האחרת פ', על האלפים ריאלים שיש לה מדודה. ואמו של ראובן נתנה נכסיה במתנת בריא לבני אחי בעלה והניחה לאחות ראובן הסך הנז', ואחרי מות לאה שואלים מקבלי המתנה חלקם בפיהם. ויורשי יעקב אבי ראובן הנז' טוענים כנגדם מאחר כי לא נשבעה לאה שבו' אלמ' נכסי בחזקת יעקב קיימי והם יורשים אותם. חוץ ממה שלוה ראובן לתת לאחותו, ע"כ עיקר דברי השאלה הזאת, ואחר שלן בעמקא של הלכה דן דינא דזכו מקבלי המתנה כ"א בחלקו הנוגע לו ואנן לא ימחה בידיהו. עד דל"א סוף ע"ב.

סימן י"א שמעון שדר בחזקת בית ראובן וקודם כניסתו לבית הוציא עליה הוצאות לחזק את הבית כי היה חרב ושמם. ואחרי עבור שנים מכר ראובן חזקת הבית ללוי וראובן הדר בביתו טען כי הוא קודם לקנות החזקה כי הוא דר שם, ואם ראובן יזכה בדימו תובע שמעון הוצאותיו שהוציא לתיקון הבית מי הוא הזוכה בחזקת הבית, והסכמתו שאין לשוכר דיב"מ להוציא מיד הלוקח כ"ז שלא יתברר מנהגי ההסכמה ושמעון הדר בבית יקח הוצאותיו מלוי הלוקח בשבועה כמה הוציא אם אין עדים בדבר. עד דל"ד ע"ד.

השמטה מחלק או"ח.

על מה סמכו העולם לדוך בשבת שומין על ידי שינוי שלכאורה אפי' על ידי שינוי אסור והסכים להלכה להתיר ע"י שינוי בקתא דסכינא. וישימו השומין בקערה תחי' ואח"ך ידוכו כי היכי דלהוי שינוי. עד דל"ז ע"א. ואחריה תסוב תשובת הרב אחי הרב המחבר. ה"ה בעל ס' אדמ"ק זלה"ה ושתי תשו' אלו נדפסו בס' אדמ"ק עד דל"ח ע"ב.

סימן י"א ראובן ואשתו נגפו במגפה ומתו גם שניהם, רח"ל, ראובן מת תחי' ואח"ך אשתו ויורשי ראובן טוענו כי מאחר שהאשה נשארה זקוקה ליבם כי בעלה מת בלא בנים להם משפט הירושה ועוד שלא נשבעה שבו' אלמנה על כתובתה ואאמש"ל. ויורשי האשה טענו כי מאחר שמתה מטוב' כריסה בין שיניה הו"ל יורשי הבעל ספק ויורשיה ודאי. ואי משום שלא נשבעה ב"כ עזובנה בעין. וע"ז השיב הרב דברי מרדכי קריספין ז"ל.

[א"ה ועל תשו' זו השיב הרב המחבר תשו' נלחת].

א"ה בענין פירות הבאים מחו"ל לא"י כגון למוקים ועשה מהם יין אם יסיימו בברכה אחרונה על פרי גפנה, או לא, ע' בזה להרמ"ז בס' אדמ"ק ז"ל ח"א חא"ח סי ג' ועי' להרב שדה הארץ ז"ל ח"ג סי' ו'. והרב המחבר העמיק הרחיב ועלתה הסכמתו לברך על הארץ ועל הפירות ולענין מעשה לא מלאו לבו לחלוק על אחיו הגדול הרב אדמ"ק ותשובתו זאת אכלתה עש וחע"ד ול"מ.

בשעת השדוכין הן בשעת שילוח הסבלונות והנה קבע ראובן זמן הנישואין למשודכתו שלשים יום כי אלמנה היתה כנז'. ובתוך ל' היום הלכה היא ונתקדשה לשמעון וכו' והנה ראובן מרוב הבושה שם לדרך פעמיו וחלף הלך לו ולא נודע מקומו איו, נשאול נשאל אם אשה זו מותרת להנשא לש' או לא, ונשא ונתן כיד ה' הטובה וההסכמה עלה להלכה ולמעשה שלא לחוש לסבלונות בנדון הזה. ומקודשת לשני מספק מחמת ההסכמה שבעיר ואין להתירה לשוק בלא גט מן השני אך מן ה"א מחמת הסבלונות לא חלו בה ידים של קי'. עד דכ"ז ע"ד ג'. [א"ה עיין הרב שדה הארץ סי' ה' יבום סי' ה' ע' נחב"כ סי ח'].

דין גט קטנה.

סימן ג' קטנה המתגרשת ע"י אביה שהסכימו רובא דרבוותא לכתוב ב' גיטין אחד כלפי האב ואחד כלפי דידה, ובנוסח שכלפי האב נשא ונתן וסידר הנוסח סדר נכון וישר. עד דכ"ט ע"א.

דין שומרת יבם.

סימן ד' נדרש לדעת על עסקי שומרת יבם שהלכה לעיר אחרת וחללה מן היבם וחזרה ולא הביאה עמה שטר ראיה על חליצתה רק שהיא אומרת שנחללה ויש עמה אשה אחרת שמעידה שראתה אותה כשחללה. וכן יש איש אחד שמעיד ששמע מפי החולץ שהגיד לו שחלץ לזקוקתו אך הוא לא ראה החליצה, אם יספיק זה להתירה להנשא לזר או לא. ואסופה דמילתא עלתה הסכמתו הואיל ואתחזק איסורא דא"א הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים, ואין להתירה עפ"י ע"א וכ"ש עפ"י אשה דלא מהני כלל. עד דל"ד ע"א.

סימן ה' שומרת יבם מעוברת שילדה ולד מת לט' חדשים בשערותיו ובצפורניו אי שריא ליבומי, או נימא דדוקא חוללת ולא מתיבמת, ובאמצע התשובה קם קולמוסא וחבל על דאבדין ול"מ. עד דל"ב ע"ד. [א"ה עי' הרב נחב"כ סי' ח'.

דין גבית כתובת אלמנה.

סימן ו' השאלה ארוכה מאר"ש ותוכן דבריו באלמנה אחת שרוצה לגבות כתובתה מנכסי עזבון בעלה שמת בחו"ל וסחורותיו נשארו שם ורוצה למנות מורשה לגבות כתו', ויעצו לה המורים לתת לשלוחה דבר מה מכתובתה מאשר יגבו כי היכי דלא להוי תופס לב"ח במקום שחב לאחרי', ותעש כן, וכאשר תפס השליח נגבו כמו נד הב"ח לטעון כנגדו מכמה טעמי, וקם דינא דזוכה ליי המורשה בתפיסתו ואין כח ביד המערערים להוציא מידו ואין בכל טענותיהם ממש. עד ד"מ רע"ב. [א"ה עיין הרב שדה הארץ סי' י"א ה' פקדון. נחב"כ סי' כ"ב].

סימן ז' אלמנה שקנתה טבעת מראובן בעשרה אריות לפי שומת הבקיאים, וכשהגבו לה ב"ד כתובתה הגבו לה גם הטבעת הנז' בערך שקנתה, וירבו הימים איתרמי מילתא ועלו אנשים סוחרים וקנו הטבעת הנז' מאת האלמנה במאתים אריות ויורשי בעל האלמנה טענו כי הם הם הזוכים במותר, והאלמנה טענה כי מזלה גרם, מי מהם זוכה במותר עפ"י שורת הדין, והעלה להלכה ולמעשה כי זכתה האלמנה ומן שמיא מיהב יהבו לה ואין ליתמי' חלק. עד דמ"ג סוף ע"ד. [א"ה עיין הרב שדה"א ח"מ סי' י"ד. נחב"כ סי' ג'.

חלק חושן משפט.

דיני מתנה.

סימן א' ראובן שכ' לאשתו בשטר כתובתה והחזיקה בבתים הידועים לו שתדור היא והוא כל ימי עולם ונחלתם תהיה לה ולבניה אשר יהיו לה מחלציו של החתן הנז' ואין כח ביד החתן לדחותה מהבתים הנז' לשום סיבה שבעו' ואפי' וכו', וראובן נלב"ע והני"ש והאלמנה הנז' רוצה לעמוד בזכיתה שזיכה לה בעלה בבתים כנז'. ומורשה בנות ראובן מאשתו הא' והב' טענו כנגדה לבטל זכייתה ובעולם בקיאותו זיכה להאלמנה במתנתה כל ימי עולם. עד דנ"ב ע"ב.

דין פוליסה וזכיה מהגוי.

סימן ב' נשאל הרב המחבר זלה"ה בראובן שהיה חייב לשמעון וכתב לו ראובן לש' הנז' שיקח כדי חובו מאיזה סוחר הבא מעיר. שמעון למצרים עיר שדר בא ראובן ע"י פוליסה והוא ישלים הסט"ח ביד שליש עד שיפרע הפוליסה ואח"ך יקח הסט"ח, וכן עשה שמעון ולוה מהגוי כדי חובו של ראובן ונתן פוליסה להגוי והשליש הסט"ח, ויהי בדרך מת הגוי ונאבד שמו והפולוסה עמו כי לא באה לידי גביה, מי משניהם זוכה בממון הגוי הזה, ואסוף דינא העלה לדון דינא כי שמעון הוא דזוכה וחייב ראובן לפרוע הסט"ח, אלא משום ועשית הישר והטוב נדון לפשר ביניהם. עד דנ"ז ע"ב. [א"ה עיין נחפה בכסף סי' ט'].

דיני פשרה.

סימן ג' רו"ש שנתפשרו ביניהם וכתבו שטר מחילה זל"ז בכ"ת בביטו' כל מודעי ע"ם כל מודעי, וחתמו שני עדי"כ וכו' ואח"ך טען ראובן הנז' כי הפשרה היתה באונס ככתוב בשטר שבידו, וכתורה יעשה הדין עם מי, היוכל ראובן לבטל הפשרה או לא, וסוף דבריו פיו כפי הרב אחיו הגדול בעל המחבר ס' אדמ"ק כי הפשרה קיימת ואין כח במודעא לבטלה. עד ד"ס ע"ג.

דין כתב יד.

סימן ד' השאלה מאר"ש רחבה ותוכן הענין בראובן ושמעון שהתחייבו בכתי' לשלוח לירוש' סך קצוב והם יגבו מיחידי העיר הבאים עה"ח בשטר סך קצוב לכל נפש, ואחר עבור עשר שנים שהוא סוף זמן חיובם ולא קימו רו"ש לשלח הקצבא שלחו שליח בני עיה"ק ירושת"ו, ויהי כבא השליח לעיר הנז' ראה שראובן שהיה יר"ש ואמיד הרגוהו, ושמעון גברא אלמא ואין מידו מציל ובכן השליח הולרך לדבר על היחידים החתומים ויקבץ מהם סך מה ע"כ היו"ד ונמצא פיחת סך מה, ושאל שאלו אם פיחת חל על בנו של ראובן כולו או מקצתו או פטור לגמרי מטעם שהוא כתי' אביו ומיהמן לו' פרעתי ואנן טענינן ליתמי או יש חילוק בין כתי' לכתי', ודינא יתיב כי אין בכתי' כזה חיוב להתפרעא מן המתחייבים כ"ש מן היורשים, עד דס"ה ע"ג ובעל המחבר ס' נחפה בכסף הרב יונה נבון ז"ל השיב על דברי הרב המחבר והחזיק דבריו הא' ובמקומו עמד. עד דס"ז ע"א. [א"ה עיין להרב נחב"כ סי' י"ג י"ד ט"ו ט"ז י"ז].

דיני שותפין.

סימן ה' רו"ש שנשתתפו וקנו שמן זית והניחו הכדים בבית ראובן, ויהי היום אשת ראו' ראתה כד א' מפטפט ונוזל, והרגישה במעשה נסים ושאלה כלים מאת כל שכנותיה כלים רקים ותמלאם, וכראותה שאין עוד כל ויעמוד השמן. השואלים הלכה אם יש לשמעון השותף זכות בשמן של הנס מידי דהוה כנתיקר השמן או דמי למציאה וכבר התנו בתחילת השותפות חוץ ממציאה, ועל זה נסתפק אם הבכור נוטל פי שנים בשמן זה או לא

מפתחות

על ספר פרי הארץ ח"ג

חלק אורח חיים

דיני ספירת העומר

סימן א' שאלה קטן שהגדיל בתוך ימי העומר וכן גר שנתגייר בתוך ימי העומר אם מונה בברכה או לא, וכן מי שמת לו מת המוטל עליו שהוא אונן בתחילת הלילה ראשונה מן העומר אם יש לו תשלומין לספור ביום אחר קבורת המת או לא, הו מספקא ליה מי שהיה אונן לילה ויום שלם באופן שלא נקבר המת זולתי אחר שיצאו הכוכבים מלילה ב' אם דינו כמי ששכח ולא ספר יום אחד דסופר מכאן ואילך בלא ברכה או אם יש לחלק ביניהם. והשיב דיספרו בלא ברכה, אבל ביום א' מן העומר בין בקטן בין בגר חייבים למנות בברכה. עד ד"ב ע"ד.

דיני חנוכה.

סימן ב' ראובן אם בשאר לילות חוץ מהא' לא הי"ל שמן כי אם לנר א' ויתן אותו בנר ובירך עליו, ואח"כ קרה מקרה שהביאו שמן הראוי לשאר נרות אם יכול לחזור ולברך עליהם ולא הוי ברכה לבטלה או לא. ועלתה הסכמתו דידליק בלא ברכה דספק ברכות להקל. והסכים על ידו ה' אליעזר נחום בעל ס' חזון נחום. עד ד"ד ע"ד. [א"ה עיין שדה הארץ ח"ג או"ח סי' מ"ב].

חלק יורה דעה

הלכות טרפיות.

סימן א' בענין הסברים שנסתפק הרב אחיו המחבר ס' אדמ"ק בחיו"ד סי' א' ושלחו אליו לחוות דעתו. והסכימה דעתו להכשיר בכל גוונא. עד ד"ז ע"ב.

סימן ב' איש יהודי שיצא מדעתו באופן שיצא יחידי בלילה שהיא אחד מן הסימנים והוצרכו לאוסרו בכבלי ברזל כמשפט השוטים. והעידו שתרופתו להשקותו מרק תרנגולת נבילה שכן עשו בעוב"י שאלוניק יע"א, ובהסכמה עלה להתיר. עד ד"ח.

הלכות רבית.

סימן ג' ישראל הלוה מהגוים ברבית אם מותר לישראל אחר להיות ערב. והסכים להתיר דכל שזקף הגוי הרבית עם הקרן יכול הישראל להיות ערב בשבילו. עד ד"ט ע"ד. [א"ה עיין להרב ש"ה הארץ יו"ד סי' ה' נחב"כ ח"א סי' ג'].

דיני שביעית.

סימן ד' אשה אלמנה נתנה מעות לגוי אחד עובד אדמה בשנת השמיטה ע"מ לזרוע לה בעד הסך הנז' תבואה בקרקע הגוי לה לשמה וכל אשר יעלה מתבואה בין רב למעט הכל יהיה לא ואין לגוי שום חלק בתבואה לא כחוכר ולא כמקבל ולהיות הגוי גמול חסד מהאלמנה הנז' התרצה ויאות ועשה והצליח, אך האלמנה הנז' לא ידעה אם השנה ההיא היתה שנת השמיטה ואחר המעשה כשהוגד לה, נפשה לשאול הגיעה אם תבואה זו שריא או לא והסכים להתיר. עד די"ג ע"א. [א"ה עיין הרב שדה הארץ יו"ד סי' ז"ך נחב"כ סי' י"ד].

דין כיסוי הדם.

סימן ה' מי ששחט עוף ואין לו עפר תיחוח לכסות וחופר במרא והוציא קרקע להביא עפר תיחוח הימנו ולכסות, אי צריך למיעבד הכי או לא, ובסוף דינא העלה לאסור. ע"ש די"ד ע"א.

דין פדיון הבן בדבר השאול.

סימן ו' ראובן שנולד לו בן בכור וחמותו ואשתו לקחו מאלמנה אחת אזור כסף בתו' שאלה לכבוד הילד לפארו ביום פדיונו, ובעת הפדיון נטלה חמותו האזור הנז' ונתנה אותו לחתנה ראובן לבדוק בנו, ואח"ז האלמ' תובעת האזור ממנו, ונמצא כי פדה את בנו בדבר שאינו שלו, והכהן תופסו בעד הה' שקלים, וראובן או' כי חשב שהאזור הוא של חמותו שהשאילתו לפדות את בנו. אם בנו פדוי או לאו, ואם צריך לחזור ולפדותו ולברך על פדיונו. ואחר שצלל במים אדירים וחזר על כל צדי צדדין העלה להלכה ולמעשה לחזור ולפדותו בלא ברכה. עד די"ט ע"א. [א"ה עיין להרב שדה הארץ אה"ע סי' י"א].

דיני השתטחות על קברי הצדיקים.

סימן ז' איש הישראלי שהוא מתושבי הארץ אם מותר לצאת לחו"ל לזיארה ע"ק הצדיקים שבחו"ל ע"מ לחזור או לא, ובפרט אם הוא מתושבי ירוש' שיוצאין לזיארה ע"ק הצדיקים שבחברון ושכם וצפת"ו מה הדין נותן. והעלה להתיר לאותם הדרים בירושת"ו ע"מ לחזור, ועל מה שנסתפק בתוך השאלה במי שבא שתם ולא היה דעתו מתחי' לכך העלה להתיר לו את נדרו אם ביטא בשפתיו. ע"ש דכ"א ע"ב. [א"ה עיין הרב שדה הארץ ח' אה"ע סי' י"א. נטב"כ סי' כ"א]:

חלק אוה"ע

דיני מוכת עץ.

סימן א' בתולה שנשאת בחזקת מוכ"ע עפ"י פתקת ב"ד וכתב לה החתן בכתובתה מנה כדין מוכת עץ, ובכניסתה לחופה בבעילה, נמצאו לה בתולים כמשפט הבנות ופרשו השמלה. אי מחייבינן לחתן לכתוב לה מאתן בכתובתה, או נימא דכתובתה מנה דבחזקת מוכ"ע נישאה, ואסו"ד העלה להלכה ולא למעשה דכתובתה מאתים עד שיסכים עמו הרב מר אחיו בעל המחבר ס' אדמ"ק ז"ל. ע"ד כ"ג ע"ב.

דיני סבלונות.

סימן ב' ראובן תושב קושטא יע"א דחייש' לסבלונות בא פה העירה ירושלם תובב"א ויהי כשלש חדשים שדך אשה אלמנה מבנות ירושת"ו דלא חיישי לסבלונות וראובן ואחר השדוכין שלח לה סבלונות לפני עדים ר"ל שנמצאו שם שני אנשים. גם בשעה שקבלה הסבלונות נראו שם שני אנשים. אמנם הכל בשתיקה הן

הסכמת רבני עה״ק ירושלם תוב״ב שבאה בפרי הארץ ח״ב

במה מעלות טובות למקום עלינו מעל״ה על גבי מעל״ה מה טוב חלקנו חלק אדם מאל מה נעים גורלנו גורל א׳ לה׳ אמרוה רבנן בכפיל״א הנהו כפולא״י על חד תרי.. רצה הקב״ה לזכות את ישראל זכיה דאוריי׳ כי קרוב הוא לבני ישר׳ עם קרובו ותורה ש״ס בישר׳ זכה נעשית לו סם חיים שבכתב ושבע״פ ספרא וספרי.. זבנה אורתא ויהבה במתנה כל הנותן בעין יפה הוא נותן אגב חביבותיה גבן חיבה יתרה נודעת לו גמר ומקנה קנין דאוריי׳ לוחות אבן כתובים באצבע אלקים יד הקודש על העליונה דנפיש נהוריה. בקומתן ובגלביונן. דאורייתא ודרבנן.

במה גדולים דברי חכמים מן היום ההוא והלאה לא זזה תורה מר׳גלא בפומייהו דרבנן מרגלית טובה ואבן יקרה דמש״נו במסכתא שנו חכמים בלשון המשנה הא למיגמר הא לאגמורי. אילת אהבים ויעלת חן תשואות חן חן לה מאז הבוקר ותעבור המנח״ה כאשר ירדוף הקור״א. ומלאה הארץ דעה את ה׳ כמים לים מכסים דביילי להו בקבלא רבא עשו אזנים לתורה ההוא תלמידא דאורי. זה יאמר לה׳ אני הנסתרות לה׳ אלהינו סוב״ר הרזים כי ידרוש בסוף ובראש במופלא ובמכוסה דרך גבר בעלמ״א דברים שכינן עתיק יומין דמטמרן ליה גליין אידי דנפיש שעוריה. וזה יכתוב ידו לה׳ הויות דאביי ורבא כל שישנו בהקפ״ה הק״ף מרובה אל שמוע״ה כי באה כולה מקש״ה א׳ דא לדא נקש״ן כל חמיר״א דהיכא נותנין עליו חומרי.. עשה להם סמוכות והושיבן על מכונן. סמוכים דרבנן.

במה גדול אדם זה גדול הנאמ״ר לא תהיה שמיעה גדולה מראיה כאשר שמענו כן ראינו בעיר וקדיש מן שמייא רב חיליה ורב גובריה גולת הכותרת הרב המובהק כמהר״ר ישראל **מאיר מזרחי** זלוק״ל נפשו בטוב תלין אל מקום הדש״ן לרעות בגנים אחוו ליה י״ג נהרי. אין הקם למחנה אינו אלא שר״ף דומה דודי לצב״י כא׳ מלבא המרום במרום והיא מרומים ישכון מקום אשר אשי״ר. הרב דומה למלאך ה׳ יום ליום יביע אומר אמירה נעימה מעוטף בטליתו וספר תורה עמו כעבדא קמיה מאריה. ולילה כיום יאיר בי״ן יאי״ר בי״ן שמע״י בי״ן קי״ש איש ימינ״י לבו כלב הארי אין קשת״ו ננער״ת אוצר בלום במקרא ובמשנה שנה ופ״ירש ודבר בטע״ו ע״ט דודים בכל מידות שהתורה נדרשת בטע״ו יור״ה. אם יהיו כל חכמי ישראל בשק״ל הקודש במאזנים לעלות לפניו יכרע״ו מכריע הוא את כולם עולה על גביהן אלף עולו״ת ועשרת אלף ככרי.. עוקר הרים וטוחנן. שאינו נקו״ב דרבנן.

במה וכמה טובה כפולה הדור אתם ראו גלייא לדרעיה ונפק נהורא המאי״ר לארץ הכא מרגימא נהוריתא נהר״א נהר״א ופשטי״ה הן אלה קצות דרכיו ומה עלמו ראשיהם כרב נחמן בדיני וכרב באיסורי. ג׳ ספרים נפתחים לפניו במות״ב תלתא כחדא שפי״ר גזרתו תלת מאה שיפו״רי. הן קדם ידו פר״ש ש״ר ואו״ר בימי עלומיו ויוציא פרח ויצץ ציץ נזר הקודש ככר יצא מוניטון שלו בעולם בחלק א׳ מספרו שמו נאה לו **פרי הארץ** עץ עושה פרי פרי מפרי. שם רמז וה״ן מספ״ר דין גרמ״א על ארצנו ועל נחלת אבותינו אוירא דא״י מחכים פתח שערי. ואחריו ל״ו קם כמוהו שניות מדברי סופרים ספר״א דמארי טב כהנה וכהנה משו״ת לא נצרכה אלא להעדפה חכם עדיף כאן נמלאו וכאן היו גם ברכות יעטה מורה. לא הניח דבר קטון וגדול שם שם לו חק ומשפט הנה ארש״ו ארש ברזל בברזל יחד אר״ש רחבת ידים רח״ב רח״ב מיד נקרי. ועוד לו ס׳ כתב ר׳ דרוש דרש. דרוש״ים לכל חפציהם דרשינהו לקראי כמשה מפי הגבורה אשר בדברו מערי״ב ערבי״ם דבש וחלב תחת לשון הזהב והאדרת אידר״א רבא הסיפגנין והדובשנין פתח באשרי וסיים באשרי.. והיה עליהו רענן. ושבחוהו רבנן.

במה זכות תולה הן הודאה אחר הודאה אדהכי והכי נפיק אודימ״א מוד״ה במקלת ברוך ה׳ אשר לא השבית לו גואל היום בר״א כרעותיה ברא כרעא דאבוה דין הוא הדר החכם השלם הדיין המצויין כמה״ר **שלמה מזרחי** אלף עולו״ת יעלה שלמ״ה ונגלו מחרשיו יפרח. הוא היה בגרס המעלות דנ״א דגרמ״י להוציא לאור כל תעלומה הא ספרא דבי רב ח״ב מס׳ פרי הארץ מלא ליגא דדובשא הוד״א ארעא והדר״א פרי; כמה כרכורין כרכר לרגל המלאכה אשר לפניו כי רבה היא עד שעלתה בידו הבריאה עבד לה סתתרי. משרשייא מיהב יהבי פעולת צדיק לחיים ניתנה אם עוד רבות בשנים לפיהן יש״ב זו היא שיב״ה לעיילוה בי בנ״י על שלשים ועל רביעים ישבו כסאות למשפט אלל אלוני מורה.. תוככי ירושלים נוה שאנן מעלות דרבנן.

במה מטבעו״ת בחותם א׳ טבעא פירא הוי איכו השתא אליכם אשים עליכם המלוה לגמור גמרא של תורה ונאספו שמה כל ההדרי״ם מהדרין מן המהדרין השרידים אשר ה׳ קורא. נדיבי עמים נאספו כל נדיב לב יביאיה את תרומת ה׳ כי יתן בע״ם עינו אתפסוה לררי. לקוח את משנה התורה הזה על מנת שתעטרוהו בזהובים דהבא פריכא אשר לכסף לכס״ף מלא ואשר לזהב לזהב האידנא נהוג עלמא למקרי. גם ה׳ יתן הטוב ברכות הטובה מרובה מידה טובה תשלומי כפל ותשלומי ד׳ וה׳ עד כי חדל לספור מאין ספורות משופרי שופרי. ברוכי מברכינן. מנה מאתים דרבנן.

במה שולחן משוך תוחלת ממושכה מחלת לב מחל״ה נוע״ה כמאן מצליגא האידנא אקלירי. יראו עינינו וישמח לבנו כשמחת בקציר כאשר יגילו בחלקם שלל ולשמחה מה זאת עושה בשוב ה׳ את שיבת ציון פטיר ועטיר מכל ערעורי. בא יבוא ברינה מש״א זיתא דכייא להראות העמים והשרים בבנו״ת הארץ מבנין אב ירושלים די דאב״ה לאתויי לבני וכשורי. ואירמון על משפטו ישב כבראשונה להשתחות ולזבוח לה׳ לבאות בציל״ו ונהללה שם ה׳ בשיר יואמן בשי״ר ונמשכין בשי״ר זמורתא תהא זמרן נשי ורעין גברי. ושקט ושאנ. ומתקרייא ארעא דרבנן.

יצחק הכהן מחבר ספר בתי כהונה. הצעיר **יעקב אשכנזי**. הצעיר **יונה נבון** מחבר ספר נחפה בכסף. הצעיר **מיוחס ב׳ שמואל** מחבר ספר פרי האדמה. הצעיר **פנחס יוסף מזרחי** מחבר ספר חבור בסוף ס׳ אדמת קדש. הצעיר **ישראל יעקב אלגאזי** מחבר ספר שמע יעקב ושארית יעקב. הצעיר **רפאל יצחק זרחיה אזולאי**. הצעיר **יהודה נבון**.

הקדמת הרב המחבר שבאה בפרי הארץ ח"ב.

הקדמת הרב המחבר אשר כתב בספרו עודנו בחיים
הן בפיהו מדבר מקור מים חיים

למן היום ברוא אלהי"ם אדם על הארץ ויפח באפיו נשמת חיים. ויצו ה' אלהים על האדם לשמור את דרך עץ החיים. זה חלק אדם מאלהי"ם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון מוצא חיים חיים. ואנא בריה קלה מיום באתי לאויר העולם קטן שהגיע לפעוטות שנות חיים. אותה נפשי לעסוק בתורת אל יומם ולילה הנותנת חיים. בבית מדרשו של שם הוא המנוח הגביר נשא ונעלה מחזיק ביד לומדי התורה כמה"ר **יעקב ישראל פירירה** תנוח נפשו בצרור חיים. שם נתגדלתי מיום היותי על אדמת קדש ארץ החיים בין ברכי מאורי ומורי רב אחאי הרב המובהק כמהר"ר **נסים חיים משה מזרחי** יצ"ו יוסיפו לו אורך ימים ושנות חיים עם עמודי ההוראה מרנן ורבנן מורינו הרב המופלא כמהר"ר **אברהם יצחקי** זלה"ה ומורי הרב המובהק כמוהר"ר **יהודה הכהן** זלה"ה הן הנה הורוני ולמדוני דין ומשפט אלהים חיים. והנה זה ימים בהיותי שליח מצוה בעיר המהוללה קושט' יע"א בשליחות מצוה זיכני האל יתברך לאור בתורתו ולהוציא לאור פרי דתי קצת מזער מאשר נמצא אתי באמתחתי וקראתיו פרי הארץ. ויהי כהיום הזה אותה נפשי לשוב עוד ולהדפיס עוד את רובי תורתי הנמצא אתי כעת מאשר טפחתי ורביתי בעיר אלהינו הר קדשו **ירושלם** גם בפעם הזאת בהורמנא דמלכא ע"ל. זה קורא לו **פרי הארץ** חלק שני מסודר על סדר ארבעה טורי אורח חיים. וזאת הפעם הזמין לי האל ליקר רוח כה"ר **יהושע ראובן** ההולך קדמת אשור לקושט' יע"א ההוא אמר יקח מצוה רבה זו להוציא פרי עץ החיים. זאת התורה וזאת התעודה פי שנים. הנא דאמרי משמיא מיהב יהבי עוזרי מעם ה' עושה שמים. ואני תפלה אל עין הקורא כי יראה אור כי יהל בזאת התורה אם באולי יטה ידי חלילה באיזה שגיאה גדולה תשובה כי זו היא דרכה של תורה לנטות ידו שנית במהדורא בתרא ואנכי לא יכולתי לחזור בתורתי פי שנים.

ואליכם אישים אקרא אשרי שיאחז להחזיק בידי להוציא לאור תורה מנה א' אפיים. הנה שכרו אתו הבו דלוסיף עליה יקר ורבו יתירתא לתת לו פי שנים. והנו שפתי מרבים בקול תחנה אנא ה' הושיעה נא זה העם דך לקוי מוכה ומעונה מזה העם לא היה גוי עז פנים לקו בכפלים. תאכל מו אם לא מופת ירדו לשאול חיים ואנחנו עמך וצאן מרעיתך נקומה ונעלה בית אל בקול רינה וישועה כהנים בעבודתם ולויים בדוכנם פתח שערי ירושלם. כה דברי עבדא דמתחנן למאריה החו' **בשנת** ונתנו איש כפרו **פת"ח שער"י** ירושלים לפ"ג ליצירה איש לעיר מעתיר ומתחנן לאל צור מבטן גוחי. עבדא דנהום כריסיה לא שוי מרי שיחי.

ישראל מאיר מזרחי.

אנחנא בי דינא דק"ק ספרדים החתימים מטה היזקקנו לדין בדבר נזק"ש שבין הכותב אלעזר אליהו מזרחי הי"ו ובין שכנו מע' הרבני התורני וכו' כמוה"ר מיכאל נ"י בהר"ר יחיאל רויטמאן מכוללות פרושים י"ץ כי חצרות שניהם סמוכים, והלכנו שם הח"מ לשמוע הדק"ד שביניהם ועמד התובע היא הכותב נ"י הנ"ל דמנא יטען בפני שכנו הנ"ל כי בכתל דרימית מבית המזליך של הכותב ומשפחתו בנה שכנו הנ"ל יהדביק אחריה כתל סמוך לצד חלון הבית הנ"ל הניטה לחצר הר"מ בהר"י נ"י וע"ג עשה כיפה ונמשך על עיבי כתל הבית הנ"ל יתחת כיפה הנ"ל קבע שם בה"ב ש"כ. גם קרב בנין חצרו תיך ד"א לכתל נז' יהאפיל חלון הנ"ל וחלינית חצר העליה גם פתחי בתי העליה יהאכסדרה חדשה שברוח צפוני בחצר שכנו ניטים לגג הבית של הכותב הנ"ל, והאכסדרה הנ"ל האפיל חלין הנ"ל יחליני ההוקה, גם בריח מזרח של שכנו פתחי יחליני עלייתי מגיע מהם הז"ר לחצר הכותב הנ"ל. ולפי ראות עינני כל הז"ר והאפילית ותשמיש בכתל שאינה שלו, נשאנו ונתנני בינינו לפשר בממון אחר קבלת קנין מידם ימחמת שמיריש הא' סידר ציאה (כבתיב לקמן) בכל תיקף על החצר הנ"ל של משפחת הכותב שאין רשית לשום יירש למכיר שים זכית כ"א דיקא לדיר כאשר הביא צואה הנ"ל הרב חק"ל ח' ח"מ ח"ב סי' ל"ו עי"ז לא רצה הכותב להכנס בס' ח"ו אפי' שסך הפשר יהיה לתיקון החצר הנ"ל עב"ז לא רצה כי אם לעמיד על קו הדין או ישיב לתקן המעיית אי יחיש לעצמי יטרם גמ"ד שאל הכותב הסכמתינו כי בבית גנזיו נמצא חיבור כת"י להרב פרי הארץ ח"ג שעדיין לא עלה על מזה"ד רק שאינני למוריש בתים אלא אחריו לו קרוב לק"ם שנים אם נסכים כי שקולה מצוה זו להדפיסי נגד הטי"ת הנ"ל ויקבל שכני הר"מ בהר"י ה"י להדפיסי בממונו וכל ריוח והפסד לו יהיה רק ימכיר להכותב הנ"ל חמשים ספרים בערך השייי של הדפים, אז איש על מקומו יבא בשלום. ואנן ב"ד דהת"ל נראה בעינינו כי ראוי ונכון הדבר וניח"ל להמוריש כי בסיבתו יצא תורה אור וזכית הרבים תליי בו ושקילה מצוה נגד התביעית הנ"ל, ורצה ויאית השכן טיב לשמור ולעשות מצוה זו בריח נדיבה, ובדבר הכתל פסקנו שהר"מ בהר"י נ"י יגביה כתל דרומית הבית הנ"ל מקרקעית הכיפה למעלה בגיבה קומת אדם, יריחב עד גביל הכיפה, ועיביה בעיבי הכתל עצמו בקו לקו, ולצד גביל הכותב בכתל זה יעשה רושם מגדל להירית כי שייך כתל זה להכותב וייציא לה גיפופין נוטים למזרח כי במשך זמן בבנית בני המשפחה בגג הבית הרשית בידם להשלים כתל נז' ע"ם הגביל, ומעתה אין רשית להשכן הנז' להשתמש אחרי כתל הבית מלמטה עד די"ר וגם באחירי כתל שע"ג קרן הבית הנז' מערבית דרומית. ולא יאפיל עוד בשום מקום, ועוקת ב"כ ש"ב יטיח בשיד והנזק המגיע לבית מחמת העוקה הנ"ל עליו לתקן היא הר"מ בהר"י נ"י הנ"ל ובנין הכתל מממונו, יקנינא מיד הכותב אלעזר אליהו מזרחי נ"י ימיד הר' מיכאל בהר"י הנ"ל נ"י קנו"ש במדל"ב ס"ך כתחז"ל לקיום כל הנז"ל וההוה פעה"ק נז' ביום ר"ח כסלו מש' התרס"ח ליצירה, ובאנו על החתום בש"א לח' אדר משנתנו הנ"ל והכל שריר ובריר וקים.

הצעיר **וידאל ב' חנוך אנג'יל** יצ"ו נאום **יעקב דאנון** הי"ו הצעיר **חיים דוד סורנאגה** הי"ו

אנא נפשאי ראשין לציון הבא עה"ח ראה ראיתי כל אשר כתבי מעלת הרבנים בדה"ץ י"ץ ק"ק ספרדים העי"א ואת אשר הסכימו לעומת זה להוציא לאור תורה ס' פרי הארץ ח"ג לחד מתקיפי ארעא דישראל אשר נמצא בבית גנזי היורשים מזמן הרב המחבר זיע"א למעלה ממאה וששים שנה, והסכמתי כהסכמתם. עתה באתי להזהיר באזהרה גמירה כי שום בר ישראל לא ישיג גביל להדפיס הספר הזה משך עשר שנים מיום צאתי לאור ישלי"ב ישמפ"ר יעליי תבוא ברכת טוב. וחתמתי שמי פעה"ק ירושת"ו בש"א לח' אלול ש' תור"ה וגדול"ה לפ"ק

יעקב שאול אלישר

מודים אנחנו חתומי מטה איך קבלנו עלינו כל הנ"ל בקנו"ש במדל"ב שקנו מידינו בדה"ץ הנ"ל.

אלעזר אליהו מזרחי ס"ט. **מיכאל** בר"י **רויטמאן מקליין ורדיין.**

נוסח הצוואה

בהיות שאני ברוך מזרחי נתן לי הקב"ה בתים בתוככי ירושלם תובב"א ואלו הם הבתים בית א' הוא לימין הנכנס לפונית שלו לצד בית הכבוד דרומית שלו דבוק בביתו של החכם ה"ר יוסף רבינו יצ"ו ואחיו ה"ר יהודה יצ"ו ופתחו לצד מזרח ולצד מערבית שלו לצד דרך המלך והבית שאני שוכן בו ולמעלה ממנו עלייה ופתחה לצד מערבית ועלייה אחרת כנגדה ופתחה מזרחית ובית קטן תחתיה באופן שהם בין הכל ה' בתים ואני הורשתים לבני הם והספרים שיש לי אחר פטירתי נחלת אבות כמנהג אך בתנאי שהבתים יהיו לדירה בלבד ולא יהיה להם רשות לא להם ולא לבניהם ולא לבני בניהם עד סוף כל המשפחה לא למכור ולא למשכן ולא ישעבדו אותם לשום כתובה לא לכתובת נשי בניהם ולא לכתובת בנותיהם עד עולם גם אם ירצו לעשות מנאקאלה ביניהם בענין הבתים הדבר תלוי ברצונם גם כן ה"ד כל נחשת שיש לי שהם יורה גדולה וכו' לחוקים ומכתשת ישתמשו כולם בהם ואם באולי ח"ו לא יהיה קיים שום אדם ממשפחתי הבתים יהיו הקדש לפירות שלהם לבעלי תורה שיחלקו פירותיהם ביניהם ולא יהיה להם רשות הבע"ת לא למכור ולא למשכן אלא יהיו קימים לפירותיהם ואם יבא שום אדם ח"ו לערער כדי למכור או למשכן בין מבני בניהם בין מבע"ת מעתה הוא מובדל מעדת ישראל כל זה בכח התורה אלא יהיו קימים עד ביאת משיחנו ב"ב ואח"כ יחזרו הבתים אלי כל זה עשיתי כדי להיות לי דירה פה ירושלם תוב"ב בביאת משיחנו והספרים גם כן לא ימכרו ולא יתמשכנו אלא לדור בהם הם ובניהם וזרעם עד ס"ף כל הדורות ואם ח"ו לא יהיה קים שום אדם ממשפחתי יהיו קדש לבעלי תורה ללמוד בהם ולא ימכרו ולא יתמשכנו. וכל זה היה ביום ר"ח חשון שנת חמשת אלפים וארבע מאות וארבע ליצירה והכל שו"ב וקים.

בפנינו אנחנו הח"מ הודה החכם הנז' לעיל על כל מה שכתוב לעי' ולראיה חתמנו שמותינו פה ירושלם וקים שנית

ישראל בנימין **ישראל** בכמוהר"ר **עזרא** **שבתי פולאשטרו**

פי' מה שכתוב הוא מובדל מעדת ישראל רוצה לומר הרי הוא בחרם ובנדוי ובשמתא ושומע לנו ישכון בטח.

גם אנחנו ב"ד ח"מ מאשרים ומקיימים כל הכתוב לעיל וגוזרים בכח התורה שלא יוכל שום אדם לערער על זה ולבטל זה הסילוק ככל הכתוב לעי' וגם פירש דבריו בפנינו החכם כמוה"ר ברוך הנז' שמה שכתוב למעלה ואם באולי ח"ו לא יהיה קים שום אדם ממשפחתי, הוא בין זכר בין נקבה ולראית האמת ח"ם שנית.

ישראל בנימין **ישראל** בכמוהר"ר **עזרא** **שבתי פולאשטרו**

הקדמה מאתי ענף עץ אבות

יתחזקו האתנים והגבורים העומדים בפרץ, להשריש שרשיהם, להצמיח פרייהם, פרים למאכל ולתרופה עליהם, לענג כל לב רואיהם, יבלו בטוב ימיהם, להפרות ולרבות מטעיהם ויפרצו לרוב ענפיהם וסנסניהם, פרץ על פני פרץ ושורשם ירב **בארץ**

בתורת ה' תמימה דת אמון, הנאהבה והנעימה אשר היתה אצלו אמון, אוצרותיה לשם שבו ואחלמה המלאים בה כרמון, תשקיט אף וחימה לעם הנבחר מכל ההמון, לא יערכנה זהב וזכוכית שוהם וספיר גבים ורמה וכל מטמון אשר נמצא בקרב **הארץ**

בה ישתעשעו ירוו צמאוניהם, בה יתענגו וישמחו ומיתרי לבבם יקישו כנורותיהם, בה ידרכו כל מסלותיהם ונתיבותיהם, בה יזהירו כזוהר הרקיע זהריהם, כל יושבי תבל ושוכני **ארץ**

אלה הגבורים ויחגרו כלי מלחמתם, לערוך מלחמה במלחמת מצוה שבתם וקימתם, מלחמתה של תורה רבים לוחמים וחרב פיפיות בידם להפיץ ענן החושך לעומתם, לבאר חיצוניותם ופנימיותם, להזריח אור בנעימותם, באור המבהיק מעבר אל עבר על פני כל **הארץ**

הדור אתם ראו דורות ראשונים ואחרונים בספרי דבי רב מלאים זיו ומפיקים, רבנים וגאונים ירוצצו כברקים, יפיקו דבריהם בטעמים אמתים ונכונים מנופת צוף ודבש מתוקים, בטוב טעם ודעת בפרדס רמונים ישדרו עמקים, שפתותיהם שונים דברים המצודקים, עוד כל ימי **הארץ**

לשוא ותוהו נחשב להם כל מעדני עולם, לא יטה לארץ מנלם, לבאר כל סתום ונעלם, ויתאזרו בחבלי עבותות האהבה אהבת ה' ותורתו כל ימי עולם לנטוע שמים וליסוד **ארץ**

רבים וכן שלמים בספר יוחקו דבריהם בעט ברזל ועופרת, המסולאים בפז ודר וסוחרת, יצאו לאור בנעם זיו והדרת, ומהם בעט סופר מהיר חרטו מאמריהם, בחרט אנוש ונשארו טמונים שרשיהם באוצרותיהם, והיה להם למשמרת, לשום להם שארית **בארץ**

עד ישקיף ה' ממרום קודשו להציץ ציץ אורות, השתולים בחצרות בית ה' לדורי דורות, על ידי אנשי חיל יראי אלקים לשמור את החקים ואת התורות, ישלחו עזרם מקודש להפיץ אמרות טהורות, בכל קצוי **ארץ**

זה היום שקוינו מצאנו ראינו, החזיון הזה באילן הגדול ששרשיו מרובים, וענפי דליותיו אחת אל אחת משולבים, בפלפולו העמוק עמוק עמוק מי ימצאנו, מגדולי ארצנו, ונחלת אבותינו, לזרח משפחת הזרחי, עט"ר הודנו והדרנו כקש"ת הרב המופלא בדורו הדיין המצויין כמוהר"ר ישראל מאיר מזרחי זצ"ל אור תורתו זרחה באהלי שם בית יעקב ישראל פירידה ז"ל ממזרח שמש עד מבואו מהולל שמו בין האיתנים מוסדי **ארץ**

בחבוריו הגדול אשר יצאו לאור מזמן זמנים, בשאלות ותשובות פנים מפנים שונים, ומלחמתו עם הראשונים והאחרונים, הלכות גדולות ספונים וטמונים, בקנה אחד עולות נטיעי נעמנים, פרים יתן בעתו דשנים ורעננים, וקורא לו שם פרי **הארץ**

לספר בשבח מעלותיו יחשב אך למותר, ולדעתי כי אין זה מותר, יען כבר יצא מוניטון שלו בחבורו הנפלא אשר פלפל ואתר, ובנה וסתר, בחייב וזכאי ואסור ומותר ויהי שומעו בכל **הארץ**

ועוד בה המתאר השבחים והמעלות ראוי שתקדם לו הידיעה בתוקף חכמת המחבר וסוף דעתו, אך איש כמוני היום מן הנמנע להשיג עומק תורת המחבר ורוח בינתו, וארז הלבנון! בתוקפו וגדולתו! איך ענף עץ שחות יעמוד לעומתו? לתאר תבניתו ותכונתו, ההרים הרמים והנשאים יעידון יגידון תוארו והוד תפארתו, עיני כל **הארץ**

לזאת שפתותי חסמתי, ועטי מנעתי, רק כפי אל האלדים נשאתי, ואליו תמיד יום יום התחננתי, זכות הרב המחבר הרמ"ז יעמוד לי ליישר את נתיבתי, ולראות בטובת הבן יקיר לי מע' הח' הש' נוב"י כמוה"ר **שמואל משה מזרחי** נ"י בשובע שמחות, ע"ג מרומי הצלחות, וזאת הברכה על ראש חתני לוקחי בנותי הראשון בקדש מעלת הרב המופלא, וכבוד ד' מלא, זר"ק בגש"ק ראש ומו"ץ בעי"ת טריפולי יע"א כקש"ת **חזקיה שבתי** יצ"ו ומשנהו מעלת הרב הכולל אור גולל, זר"ק בנש"ק כמוהר"ר **יהודה דוד הכהן שאקו** יצ"ו שו"ב בעיה"ק יפת"ו גם את השלישי האדון הנכבד זר"ק בנש"ק כמוה"ר **חיים מוטרו** יצ"ו תושב עיה"ק נז' יחד כולם ישאו ברכה והיו צאצאותיהם זרע בירך ה' תהלה **בארץ**

ועוד כביר מצאה ידו גולת הכותרת, רובי תורתו גנזי מטמונים, זהב ורוב פנינים, חבור נחמד ונעים כולו כהדרת דרושים לכל חפציהם הנמצא בבית גנזיו למשמרת, אין פותח ואין סוגר ריחם סתום ואטום וריחי סוגרת ומסוגרת, ויום יום לפני לחמי אנחתי תבא להוציאם לאור להאיר ברקיו תבל על כל יושבי **הארץ**

ויהי כהיום הזה אביע שיר תודה וקול זמרה לאל הגדול הגבור והנורא, עלת העלות וסבת הסבות לכל יצור ונברא, הקרה ה' לפני **אל עזר** ויהי לי לעזרה בורא שמים **וארץ**

בהעיר לב אהובי וידידי לב טהור וישר, בעיני אלקים ואדם מאושר הולך תמים מבחר עצמים מקהלת אחינו האשכנזים הרבני התורני המופלג בתורה, וביראת ה' טהורה גומל חסדים אוהב את העניים ומקרבם לתורה כקש"ת וכו' וכו' **מיכאל** נ"י בהר"י **רויטמאן** יצ"ו נר"ו יאיר לעד ודרכו לפניו ישר, אשר הזיל זהב מכיסו להוציא לאור הספר הנחמד איישר ואיישר, ויזריח אור תורת הרב המחבר זלוק"ל להאיר על **הארץ**

הא מילתא שפוט השופטים דינא בשלמא, מעלת הרבנים בדה"ן דקהל עדתינו הספרדים יצ"ו עמודי עלמא. בהתעורר הדינין ביני ובין האדון הנ"ל על דבר הבנין אשר בנה סחור לכרמא, על גורל הצדיקים אבותי הראשונים אשר גבלו שם גפני לשמה. ויש"א משאות, זיזין וגזוזטראות, וחלונות ופתחים בעליותיו מרוחים טפות לגבולנו במראות הצובאות, ומדיוטא התחתונה עד בכוית ברמ"ה חשכו הרואות, הן לדין אלא מה שעיניו רואות, ולהשקיט האף והחימה, פשרו בינינו להוציא לאור תורה והיא נעלמה, זה כמה שנים והיא סתומה, בהוצאות הדפוס עליו, הוד והדר תשוה עליו, ועשירית הספרים היו לי למקנה, כי היכי דלא להוי עליה כטונא, לחלקם ביעקב ולהפילם בישראל לחכמים יודעי בינה. עוקרי הרים וטוחנן, יאירו ויזהירו כאזרח רענן, עוד כל ימי **הארץ**

ואחר עבור דור דורים לטעום מפרי יונקותיו, ולהסתופף בצל נטיעותיו, ולהשתעשע ולהתענג בטעם אמרותיו, להורות בהלכותיו ותשובותיו, את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון כל העם היושב **בארץ**

ובגלל הדבר הזה זכות הצדיק יהיה לו למגן וצנה, להיות בנין ארמנותיו לראש פנה, ויבלה ימיו בטוב גם עד שיבה וזקנה, הוא ובניו אתו ישישו וישמחו בגיל ורנה ויהי בעזרתם אל שוכן מעונה, ברב ההצלחות ושובע שמחות אנא ה' הצליחה נא, עד יבנה ה' מקדש יה ויקבץ נדחי עמים מכל עבר ופנה, ויכונן וישים את ירושלם תהלה **בארץ**

אנא ה' אל עליון, תקום תרחם את ציון, ותבנה חומות ירושלם בבנין אפריון, אז ימלא שחוק פינו ולשוננו רנה עלי הגיון, וכנור בנבל עשור יזמרו לו מקים מעפר דל מאשפות ירים אביון, לקרוא כולם בשם ה' ולעובדו שכם אחד ביום ההוא יהיה ה' אחד ושמו אחד והיה ה' למלך על כל **הארץ**

כה דברי וכו' המסתופף בצעריך ירשות"ו ענף עץ אבות, המצפה לתשועת ד' צורי מבטן גוחי

הצעיר **אלעזר אליהו מזרחי** ס"ט.

על הטוב יזכר הגביר המרומם המפורסם לשבח ולתהלה רודף צדקה וחסד כש"ת מוה"ר **צבי אלימלך** בן רייזיל רייזמאן נ"י מקליין ווארדיין יע"א אשר פיזר כמה וכמה אלפים פרנק לבנות בית הכנסת אורחים ובית המדרש ובפרט להסידי סיגעט. ועי"י ידי זה נתגלגל הדבר להדפים ספר „פרי הארץ" חלק ג' כאשר מבואר בפסק הנדפס. וזכות צדקת ארץ הק ושה יעמוד לו שיזכה לאריכות ימים בטוב ובנעימים ויראה נחת מיוצאי חלציו עד ביאת הגואל אמן.

ועל הטוב תזכר אשתי הצדקת מרת **ליבא** תחי' בת הרב החסיד המפורסם מו"ה ר' **מאיר נפתלי צבי** ז"ל מויפוידי אשר עומדת על משמרתה לבשל ולאפות ולהאכיל את הרעבים לחם וזכות זה יעמוד לה ויחזק השי"ת את כל גופה שתוכל לגמור ביתר שאת עד ביאת הגואל בב"א.

ועל טוב יזכר חתני היקר החסיד המופלג בתורה כש"ת מוהר"ר **יוסף מנחם** בן החסיד המפורסם מוה"ר צבי יעקב שליט"א בן דודי הצדיק הקדוש מוה"ר חיים אורי זלה"ה מרישא,. בן זקני הקדוש מוה"ר **יוזפף מאנאנאש** ז"ל. ואת אשתי הצנועה היא בתי מרת **אלטע קריינדל** תחי' בת צירל דבורה ע"ה נכדת הרב הקדוש מוה"ר ר' **חיים צאנז** זצ"ל הממאדע.

ועל טוב יזכר חתני היקר האברך החסיד חו"ב מופלג בתו"י כש"ת מוה"ר **יצחק** נ"י בן הרבני החסיד המפואר כש"ת מוה"ר **מרדכי** גימפל נ"י **יאקובאוויטש** מגליל סטראפקאוו עם אשתו הצנועה היא בתי מרת **מלכה** תחי' בת צירל דבורה ע"ה.

ועל טוב יזכר חתני היקר האברך החסיד, תמים במעשיו מופלג בתו"י כש"ת מוהר"ר **אברהם** נ"י בן הרב הצדיק כקש"ת מוה"ר **ישעיו שטיינער** שליט"א **מבודרוק קערעסטור**.

ע"ז הצנועה בתי **בלומע יהודית** בת צירל דבורה ע"ה. השי"ת יעזור להם שיגדלו בניהם לתורה ולחופה ולמעשים טובים בנחת וברחבה

כעתירת אביהם **מיכאל** בן רבקה **רויטמאן**


LIBRARY
DEC 16 1969
UNIVERSITY OF TORONTO

ספר

פרי הארץ

חלק שלישי

פרי קדש הלולים צי"ץ נז'ר הקדש פקודי ד' ישרים, כולל שו"ת על סדר ד' טורים, או"ח יו"ד אה"ע וחו"מ, הכינו וגם חקרו חד מן קמיא, מבני עליה. מתקיפי קרתא קדישא ארץ הצבי ירושת"ו למעלה מדור דורים, הרב הגדול הדיין המצויין המפורסם בדורו הוא הרמ"ז כמוהר"ר **ישראל מאיר מזרחי** זצוק"ל בעל המחבר ספרי פרי הארץ ח"א וח"ב קשת גבורים. ורבני דורו אשר נועצו לב יחדיו, באהלו של שם אשר נטע **בית יעקב ישראל פירירה** זצ"ל הן הן עדיו, מספרים את כבודו ואת גדלו ישמח ישראל בעושיו, המאיר לארץ ולדרים שמעתתיה בפומייהו. אינהו ואביזרייהו, יהא רעוא שפתותיו יהיו דובבות. אל אלקים ד' רוכב ערבות, ישוב יבנה חורבות, ונבנתה העיר על תלה מקדש ואפריון בית והון נחלת אבות, כיר"א.

הכר לך מה עמדי עשירית הספרים ברצי כסף לקוחים הם בידי, לחלקם ביעקב ולהפיצם בישראל לרבנן תקיפי ארעא ועל שריה"ם אשיב ידי, וברכות לראש צדיק תמים שדי זוזי בבדי, להוציא לאור תורה האי ספרא נהר, הדר היא מעלת הרבני התורני המופלא בתורה ובמצות נדיב ושוע בקש"ת **מיכאל** יצ"ו במוה"ר יחיאל רויטמאן יצ"ו מכו' פרושים לקהל עדתנו ק"ק אשכנזים הע"א, באונו והונו זכתה לו שדי, זכות מרן המחבר יעמוד לימינו לדור דורים וזרעו יגדל וענפיה ארזי אל, לאירות לבני, ישראל. עד ביאת הגואל, רב פעלים מקבצי אל.

כ"ד איש צעיר קטן ממשפחת האזרחי. מאום וסחי הצעיר

אלעזר אליהו מזרחי ס"ט.

נדפס

פעה"ק **ירושלם** תובב"א

בשנת תור"ה וגדול"ה לפ"ק

בהוצאת הרב ר' מיכאל רויטמאן מקליין ווארדיין.

הרוצה את הספר הזה יפנה אל האדרסה:

M. Rothman Jérusalem (Palestine).

